

J. rom. m.

274

td

From m
274 td

To
Koppen

~~40~~

36
21
57

544 P
76

SYSTEM

des

heutigen römischen Erbrechts

im Grundrisse.

Von

C. F. A. Koeppen.

(Statt handschriftlicher Mittheilung an die Zuhörer.)

Würzburg.

A. Stuber's Buchhandlung.

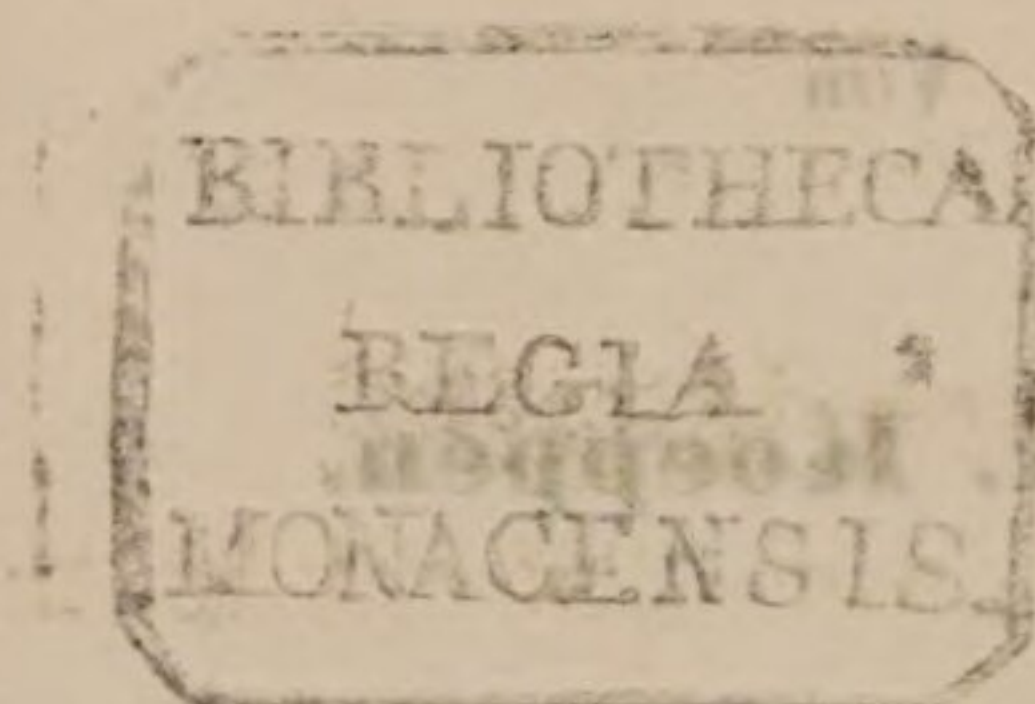
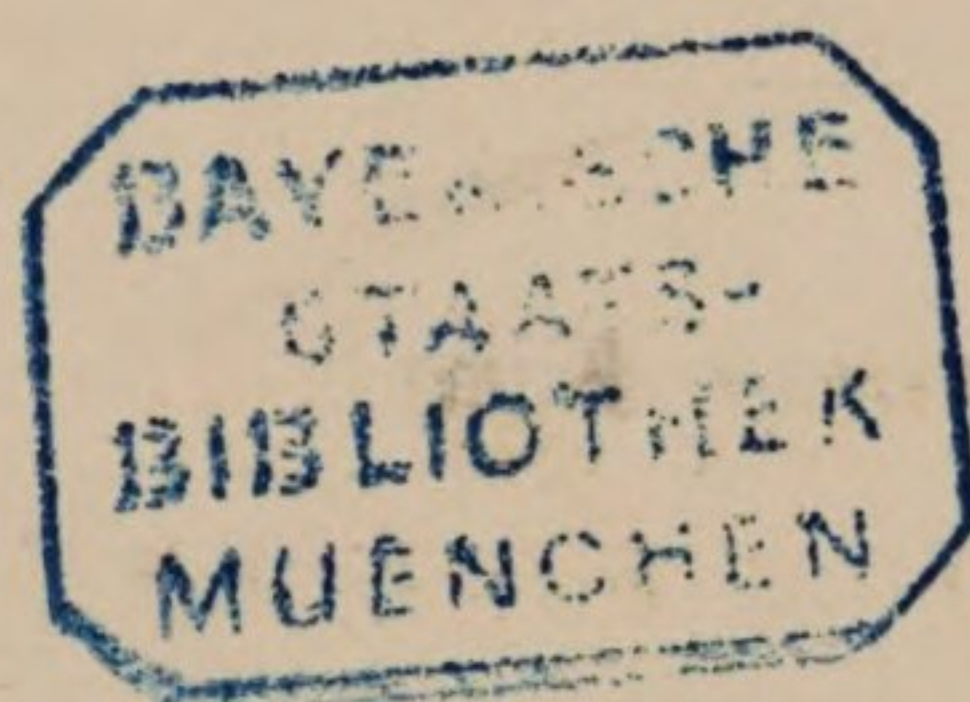
1867.

314-139

SYSTEM

heutigen römischen Erbrechts

im Grundriss



Wien

A. H. Schönbach

1867



Einleitung.

Erstes Buch.

Die allgemeinen Lehren des Erbrechts.

Erstes Kapitel.

Vom Nachlass.

- § 1. I. Die Erbschaft. (P. § 88.)*
- § 2. II. Hereditas jacens. (P. § 447.)

Zweites Kapitel.

Von der Delation der Erbschaft.

- § 3. I. Natur der Delation oder des Erbrechts. (P. § 446.)
- § 4. II. Gründe der Delation. (P. § 449.)
- § 5. III. Fähigkeit zur Delation. *Erbfähigkeit und Capacität.*
(P. § 448. 471.)

A. *Erbfähigkeit* ist die Fähigkeit, durch Gesetz oder Testament zu einer Erbschaft *berufen* zu werden, und die von ihr abhängige Fähigkeit zur Delation. Der Begriff der *Erbfähigkeit* gehört also dem Gebiete des gesetzlichen und des testamentarischen Erbrechts an.

* Hinweis auf die entsprechenden Paragraphen in Puchta's Pandecten.

Der *gesetzliche* Erbe muss erbfähig sein im Moment seiner Berufung, der bei ihm mit der Delation zusammenfällt, und er muss es ununterbrochen bleiben bis zur Acquisition der Erbschaft. Die erst nach der Berufung eintretende Erbfähigkeit nützt ihm nicht, und eine vor der Acquisition eintretende Erbunfähigkeit hebt die Delation wieder auf, l. 1 § 4 D. ad S. C. Tert. (38. 17). Der *testamentarische* Erbe dagegen muss zu drei Zeitpunkten erbfähig sein: 1) zur Zeit seiner *Berufung* d. i. zur Zeit seiner Erbeinsetzung; seine Fähigkeit zur Erbeinsetzung heisst testamenti factio, heute testamenti factio passiva. Die Erbeinsetzung eines Erbunfähigen ist sofort nichtig, auch wenn sie unter der Bedingung gemacht ist, dass er künftig beim Tode des Testators erbfähig sein werde, l. 201 D. de R. J. (50. 17); nur im Soldatentestamente ist diese conditio zulässig, l. 13 § 2 D. de testam. milit. (29. 1), c. 5 C. eod. (6. 21); 2) zur Zeit der *Delation* und 3) zur Zeit der *Acquisition*, l. 49 § 1 D. de hered. inst. (28. 5). Zwischen dem zweiten und dritten Zeitpunkt muss die Erbfähigkeit, wie beim Intestaterben, ununterbrochen fort dauern, ihre Unterbrechung zwischen dem ersten und zweiten Zeitpunkt ist aber unschädlich; es genügt, wenn der instituirte Erbe im Moment der Delation wieder erbfähig ist, also beim Tode des Testators oder, im Fall seiner bedingten Einsetzung, beim Eintritt der conditio, l. 6 § 2 D. eod. Die u. A. von Sintenis, pract. gem. Civilr. § 160 aufgestellte Ansicht, auch der sub conditione instituirte Erbe müsse bereits zur Todeszeit des Erblassers erbfähig sein, weil sonst der Erwerb der Erbschaft nicht auf diesen Zeitpunkt zurückbezogen werden könne, steht, abgesehen davon, dass dem römischen Recht die s. g. rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts fremd ist (§ 34), im Widerspruch mit l. 49 § 1 D. cit. und l. 59 § 4 D. eod.

Der Mangel der Erbfähigkeit zu den erwähnten Zeiten macht den berufenen Erben unfähig zur Delation und damit zur Acquisition der Erbschaft. Seine Erbportion wird also vacant und vererbt sich jetzt so, als ob der Erbunfähige überhaupt nicht existirte: sie gelangt durch Accrescenz oder durch successive Delation an die anderweitigen Erben, c. 1 C. de hered. inst. (6. 24), l. 3 pr. D. de his quae pro non script. (34. 8), c. 19 pr. C. de haeret. (1. 5), c. 5 § 1, 3, 5 C. ad leg. Jul. (9. 8), c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9), c. 6 C. de incest. nupt. (5. 5), l. 2 § 47 D. ad S. C. Tert. (38. 17).

Bei der Intestaterbfolge ist die Erbfähigkeit durch ein Verwandtschaftsverhältniss des Erben zum Erblasser bedingt, bei der testamentarischen Erbfolge setzt sie wenigstens die Möglichkeit seiner künstlichen Nachbildung auf die Todeszeit des Erblassers voraus. Es sind daher zuvörderst diejenigen Personen erbunfähig, in welchen diese Voraussetzungen nicht eintreten können: die *nondum concepti* und die *juristischen Personen*.

1. *Nondum concepti* sind Personen, die beim Tode des Erblassers noch nicht einmal concipirt waren, also in keinem Verwandtschaftsverhältniss zu ihm stehen können, weil sie nicht mehr gleichzeitig mit ihm existirt haben. Sie können ihn desshalb weder ab intestato noch ex testamento beerben, l. 6. 7 D. de suis et leg. her. (38. 16) l. 3 § 11 D. eod. Die *Erbeinsetzung* von Personen, die zur Zeit derselben noch nicht concipirt sind, hat das römische Recht zugelassen: auch sie haben die testamenti factio passiva und zwar alle postumi schlechthin, nicht blos, wie irrthümlich behauptet ist (Heumann, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 9. S. 338), die pflichttheilsberechtigten postumi des Testators, also nicht blos seine nachgeborenen Descendenten und Geschwister, l. 3 D. de b. p. s. t. (37. 11), l. 6. 7 D. de ventre in poss. mitt. (37. 9). Aber die Erbeinsetzung wird nichtig, wenn der berufene Erbe auch beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt ist, weil sonst die Erbfolge zum Nachtheil der Erbschaftsgläubiger bis ins Unendliche ungewiss bleiben könnte. Der Testator kann deshalb Personen, die bei seinem Tode noch nicht concipirt sind, nur auf dem Wege des Universalfideicommisses die Erbschaft zuwenden, l. 32 § 6 D. de legat. (31); ab intestato können sie dieselbe aber gar nicht erwerben. Auch die Intestaterbfolge der Novelle 118 schliesst sie aus. Wenn das Gegentheil behauptet ist (Löbenstern, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 9 S. 215), weil die Novelle die Descendenten, Ascendenten und Collateralen des Erblassers als seine Intestaterben berufe, und die Eigenschaft eines Descendenten oder Collateralen selbstverständlich auch erst nach seinem Tode concipirte Personen haben könnten, so ist dabei übersehen, dass die Novelle 118 nur solche Descendenten und Collateralen beruft, die mit dem Erblasser *cognatisch verwandt* waren, und dass die cognatische Verwandtschaft zwischen zwei Per-

sonen ihre gleichzeitige Existenz voraussetzt, § 8 J. de heredit. (3. 1), l. 8 pr. D. de suis et leg. her. 38. 16).

2. Die *juristischen Personen* sind erbunfähig, weil sich ihre Rechtsfähigkeit auf Vermögensrechte beschränkt, also bei ihnen von einem Verwandtschaftsverhältniss zu andern Personen nicht die Rede sein kann. Sie können aus diesem Grunde ebenfalls Niemanden weder ab intestato noch ex testamento beerben. Nur gewissen juristischen Personen ist jure singulari die testamentarische Erbfähigkeit beigelegt worden: den Kirchen und kirchlichen Instituten, den milden Stiftungen, dem Staat und den Gemeinden. Unter ihnen wird den Kirchen und Klöstern der Nachlass ihrer Geistlichen, Mönche und Nonnen sogar ab intestato deferirt, wenn es diesen an andern Erben fehlt. Allen übrigen juristischen Personen ausser den genannten kann Erbfähigkeit nur zugeschrieben werden, wenn sie ihnen durch ein Privilegium speciell ertheilt ist; sonst ist ihre Erbeinsetzung schon von vornherein wegen mangelnder testamenti factio passiva nichtig. Nur zum Erwerb von *Vermächtnissen* sind nach positiver Vorschrift alle juristischen Personen fähig c. 1, 22, 23, 26. C. de ss. eccles. (1. 2), c. 8. 12 C. de hered. inst. (6. 24), c. 20 C. de episc. (1. 3), l. 20 D. de reb. dub. (34. 5). Manche Juristen, z. B. Arndts, Pand. § 471 Anm. 3., behaupten, nach der Praxis werden bei jeder vom Staat anerkannten Corporation im Zweifel angenommen, es sei ihr durch diese Anerkennung implicite auch die Erbfähigkeit ertheilt; diese Praxis lässt sich als eine gemeinrechtliche nicht nachweisen, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. Bd. 1 § 15 Note 46.

Neben den nondum concepti und den juristischen Personen, welche wegen der familienrechtlichen Natur des Erbrechts principiell keine Erbfähigkeit haben können, hat das römische Recht noch andern Personen diese Fähigkeit zur Strafe entzogen, bald ganz, bald bloß theilweise, so dass es eine *totale* oder *absolute* und eine *partielle* oder *relative* Erbunfähigkeit giebt. Von diesen anderweitigen Fällen der Erbunfähigkeit gehört aber dem heutigen Recht nur noch einer an. Partiell erbunfähig sind nämlich noch:

3. Die *Ehegatten*, die in incestuoser *Ehe* leben. Sie können weder lege noch testamento einander beerben, noch von ihren Kindern beerbt werden; ihre gesetzlichen und testamentarischen Erben können nur ihre rechtmässigen Verwandten sein, und selbst von diesen sind

zu ihrer Beerbung diejenigen unfähig, welche zur Eingehung der Ehe gerathen haben, c. 6 C. de incest. nupt. (5. 5). Die Nov. 12 c. 3 § 1. hat diese Constitution nicht aufgehoben, wie irrthümlich behauptet ist, vgl. v. Vangerow, Pand. § 404, sondern nur ergänzt, vgl. *mein* System des heut. röm. Erbr. S. 306 Note 37, Seuffert, Archiv Bd. 1 Nr. 257.

Nach Justinianischem Rechte waren noch erbunfähige Personen: 1) die Kinder von Hochverräther c. 5 C. ad leg. Jul. (9. 8). 2) Die Wittwe, welche das Trauerjahr durch Eingehung einer neuen Ehe oder aussereheliche Schwangerschaft verletzt c. 1 C. de sec. nupt. (5. 9), Nov. 22 c. 22, Nov. 39. c. 2. 3) Die Mutter, welche sich als Vormünderin ihrer Kinder gegen ihr Gelöbniss wieder verheirathet, bevor sie für dieselben einen Vormund erbeten und diesem das verwaltete Vermögen ausgehändigt hat, Nov. 22. c. 40, Nov. 94. c. 2. In diesen drei Fällen haben die römischen Vorschriften ihre Geltung durch desuetudo verloren. 4) Die Ketzer und Apostateu c. 4. 5. 19. C. de haeret. (1. 5), c. 3. 4. C. de apost. (1. 7). Nach heutigem Rechte übt die kirchliche Stellung des Menschen auf seine Privatrechtsfähigkeit keinen Einfluss mehr. 5) Die künftigen gesetzlichen Erben eines vormundsbedürftigen Pupillen, welche nicht innerhalb Jahresfrist die Bestellung eines Vormunds für ihn beantragt haben; sie sind, wenn der Pupill als impubes stirbt, unfähig ihn ab intestato oder durch Pupillarsubstitution zu beerben, sofern der Pupill in Folge ihrer Säumniss ein Jahr lang ohne Vormund geblieben ist. Dieser Fall kann heute nicht wohl vorkommen, weil der Vormund ex officio von der Obervormundschaft ernannt wird, und dieser noch andere Personen Kenntniss von dem Vormundschaftsfall zu geben haben, c. 9 C. qui pet. tut. (5. 31), c. 3 C. ad S. C. Tert. (6. 56).

B. *Capacität* ist die Fähigkeit einer durch letzten Willen, durch Erbeinsetzung oder durch Vermächtniss, gültig honorirten Person, demnächst das ius capiendi d. i. die Delation des Hinterlassenen erwerben zu können. Der Begriff der Capacität gehört also nur dem Gebiete des testamentarischen Erbrechts an.

Das römische Recht kennt Personen, welche die testamenti factio passiva haben, denen aber das ihnen Zugewandte entweder gar nicht

oder nur zu einem Theil deferirt werden kann: incapaces in solidum und pro parte. Heute giebt es keine Person mehr, die in solidum incapax ist, und auch von den Fällen der theilweisen Capacität sind nur zwei in das gemeine Recht übergegangen. Sie beruhen auf folgenden Vorschriften Justinians:

1) Wer bei seinem Tode rechtmässige Descendenten hinterlässt, kann seinen Concubinenkindern und deren Mutter zusammen nur $\frac{1}{12}$ der Concubinen allein nur $\frac{1}{24}$ seiner Erbschaft durch letzten Willen zuwenden. Auf das plus sind sie incapax; es fällt den rechtmässigen Kindern zu. Stehen ihnen solche Kinder überhaupt nicht gegenüber, so haben auch die Concubinenkinder und die Concubine volle Capacität, Nov. 89 c. 12. § 2. Manche Juristen, z. B. v. Vangerow, Pand. § 420 Anm. 2, halten diese Vorschrift heute für unanwendbar, weil sie sich nicht auf uneheliche Kinder schlechthin beziehe, sondern nur auf Concubinenkinder, die rechtlich nicht mehr existiren, seitdem das Concubinatus nach canonischem Recht und nach den Reichsgesetzen eine unerlaubte Geschlechtsverbindung sei. Diese Beschränkung der Vorschrift auf die Concubinenkinder habe ihren Grund in der Ansicht Justinians, die Liebe des Vaters zu solchen unehelichen Kindern könne seine legitime Descendenz bei der Vergabung der Erbschaft beeinträchtigen, während ihr die Concurrenz anderer unehelicher Kinder nicht gefährlich sei. Deshalb lasse sich die Vorschrift nicht auf diese ausdehnen. Andere Juristen, z. B. Puchta, Pand. § 471 Note d, Arndts, Pand. § 429, Note 5, sehen dagegen mit Recht den Grund für die Beschränkung auf die Concubinenkinder darin, dass bei andern unehelichen Kindern, als liberi sine patre, der Vater nach römischem Recht überhaupt nicht festgestellt werden durfte. Nach dieser ratio legis muss die Novelle heute schlechthin auf uneheliche Kinder zur Anwendung kommen, weil das gemeine Recht bei ihnen den Beweis der Paternität durch den Beweis des Beischlafs in der gesetzlichen Conceptionszeit zugelassen, jenen römischen Grundsatz also nicht adoptirt hat.

2) Wenn ein Wittwer oder eine Wittwe sich wieder verheirathet, so kann aus ihrem Testament der zweite Ehegatte nicht mehr erhalten, als darin dem geringst bedachten Kinde aus erster Ehe hinterlassen worden ist. Nur der Betrag für ein Kind erster Ehe, welches hätte enterbt werden können, ist nicht massgebend. Ist einem andern Kinde

erster Ehe weniger als der Pflichttheil zugewandt, so ist dieser als hinterlassen anzunehmen, und der zweite Ehegatte kann daher auch nicht mehr als einen gleichen Betrag erhalten. Was ihm mehr zugewandt ist, fällt an die Kinder erster Ehe zu gleichen Theilen mit Ausschluss derjenigen, die hätten enterbt werden können. Sind die Kinder erster Ehe todt, so treten die Kindeskinde an deren Stelle. Hier zählt dann jeder Enkelstamm für eine Person; der ihm zugewandte Betrag ist daher hier der Kindestheil, welcher auch dem zweiten Ehegatten hinterlassen werden darf. Nach dem Vermögensbestande zur Todeszeit des Testators bestimmt sich, ob ihm mehr, also zuviel zugewandt ist, Nov. 22 c. 27. 28. Eine Verfügung des zuerst versterbenden Ehegatten, der überlebende solle seinem etwaigen zweiten Ehegatten mehr hinterlassen dürfen, als einem Kinde erster Ehe, ist selbstverständlich ganz wirkungslos: denn die Novelle macht den Anspruch der Kinder erster Ehe nicht von der Willkühr des zuerst versterbenden Ehegatten abhängig, vgl. Geiger, Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. Bd. 19 S. 224.

Nach Justinianischem Recht gab es noch zwei andere Incapacitätsfälle: 1) mulieres probrosae d. h. Huren und Schauspielerinnen waren incapaces in solidum, c. 23 C. de nupt. (5, 4); diese Vorschrift hat per desuetudinem ihre Geltung verloren, Sintenis, a. a. O. § 167. Note 15. 2) Wer eine Wittwe während des Trauerjahrs heirathete, konnte von ihr durch letzten Willen nicht mehr als $\frac{1}{3}$ ihrer Erbschaft erwerben; das plus fiel den übrigen Testamentserben zu, Nov. 22 c. 22 pr. Diese Vorschrift ist aufgehoben durch die Bestimmung des canonischen Rechts, nach welcher in der Wiederverheirathung während des Trauerjahres nichts Strafbares liegt, cap. 4 X. de sec. nupt. (4. 21.). — Die Incapacität der Latini und der caelibes und orbi ist schon im spätern römischen Rechte weggefallen, c. un. C. de latin. (7. 6.), c. 1. 2. C. de infirm. poen. (8. 58.).

Der Zeitpunkt, in welchem die Capacität einer Person in Frage kommt, ist nicht schon der Zeitpunkt, wo sie honorirt wird, sondern erst der Zeitpunkt der Delation; dadurch unterscheidet sie sich von der Erbfähigkeit. Incapacität zur Zeit der Errichtung des letzten Willens afficirt die Gültigkeit der Honorirung nicht; wer aber auch im Moment der Delation noch incapax ist, kann diese nur auf den

gesetzlich gestatteten Betrag erwerben, l. 51 D. de legat. (31) l. 78 D. de hered. inst. (28. 5).

Die Wirkung der Incapacität ist also auch eine andere, als die Wirkung der Erbunfähigkeit. Sie besteht darin, dass der Gegenstand der Delation auf das gesetzliche Mass herabgesetzt, und das plus den im Gesetz bestimmten Personen deferit wird: bei der Incapacität unehelicher Kinder den legitimen Descendenten, und bei der Incapacität des zweiten Ehegatten den Kindern aus erster Ehe.

Die Incapacität einer Person cessirt indessen: 1) wenn die Personen, zu deren Gunsten sie besteht, vom Testator gültig enterbt sind; 2) wenn dem incapax eine insolvente Erbschaft deferirt wird, oder wenn er das ihm Hinterlassene an einen capax herausgeben muss, Nov. 89 c. 12 § 3, l. 72 D. de hered. inst. (28. 5), l. 42 D. de legat. (31). Auf die Erbunfähigkeit influiren diese Verhältnisse nicht.

Honorirte Personen, welche sich gegen den Testator anheischig machen, einem incapax mehr zu restituiren, als das Gesetz erlaubt, trifft zur Strafe die *Indignität* d. h. es kann ihnen wegen Unwürdigkeit das, was sie dem incapax restituiren sollen, vom Fiscus entzogen werden. Nur die Hauskinder des Testators bleiben von dieser Strafe verschont, weil sie dem Vater Gehorsam schuldig sind, l. 10 pr. § 1. 2, l. 11 D. de his quae ut indign. (34. 9), l. 3 § 4 D. de iure fisci (49. 14). Vgl. § 23.

Nach der l. 62 pr. D. de hered. inst. (28. 5) kann ein incapax auf die Zeit und damit unter der Bedingung seiner künftigen Capacität im Testament bedacht werden. Eine Anwendung dieser Regel enthält die l. 51 pr. D. de legat. (31). Aus der Inscription dieser Stelle ergiebt sich, dass sich die Regel ursprünglich nur auf die lex Jul. et Pap. Popp. bezog, nach der caelibes und orbi zur Strafe incapaces waren. Sie sollen unter der Bedingung, dass sie noch heirathen oder Kinder erhalten, im Testament honorirt werden dürfen, damit sie den Anforderungen des Gesetzes noch nach dem Tode des Testators entsprechen und dadurch die Strafe von sich abwenden können. In den Fällen der Incapacität, die heute noch in Geltung stehen, hat sie nicht den Charakter der Strafe. Uneheliche Kinder und der zweite Ehegatte sind nur deshalb incapaces, um ihnen gegenüber die ehelichen Kinder und die Kinder erster Ehe gegen lieblose Verkürzung sicher zu stellen. Mit diesem Zweck verträgt sich die

Honorirung der incapaces auf die Zeit ihrer vollen Capacität nicht. Denn der Testator würde sonst z. B. selbst seinen ehelichen Kindern auf die Zeit ihres Todes Universalvermächtnisse für die unehelichen auflegen können, ohne dabei an das gesetzliche Mass gebunden zu sein. Die Regel der l. 62 cit. hat deshalb im heutigen Recht ihre Geltung verloren. Incapaces wie Erbunfähige können heute unter der Bedingung der künftigen Fähigkeit nicht honorirt werden; diese *conditio* gilt als eine rechtlich unmögliche *pro non adjecta*. Darin stehen sich beide gleich. Ebenso darin, dass sie beide zur *Delation* unfähig sind. Die heutige Doctrin, welche die Incapacität bloß als ein Hinderniss der *Acquisition* der Erbschaft betrachtet, übersieht, dass das *ius capiendi* durch die *Delation* begründet wird und deshalb mit dieser identisch ist, vgl. z. B. Puchta, Vorl. § 448—450, sub 4.

§ 6. IV. Unveräußerlichkeit der *Delation*. (P. § 503.)

§ 7. V. Ausübung des Erbrechts.

1. Act der Ausübung. Antritt und Repudiation.
(P. § 497. 499.)

§ 8. 2. Ungültigkeit der Ausübung. (P. § 497.)

a. *Dies* und *conditio*.

§ 9. b. Simulation und Irrthum.

§ 10. c. Ungewissheit der *Delation*.

§ 11. 3. Ausübung des Erbrechts durch Stellvertreter. (P. § 496. 497.)

§ 12. a. Erbrecht der Hauskinder.

b. Erbrecht bevormundeter Personen.

§ 13. α. Minderjährige und Verschwender.

§ 14. β. Wahnsinnige und s. g. Presshafte.

§ 15. c. Erbrecht Abwesender und Verschollener.

§ 16. d. Erbrecht juristischer Personen.

§ 17. 4. Zeit der Ausübung des Erbrechts. (P. § 498.)

§ 18. VI. Transmission des Erbrechts. (P. § 502—504.)

§ 19. 1. *Transmissio ex capite in integrum restitutionis*.

§ 20. 2. *Transmissio Theodosiana*.

§ 21. 3. *Transmissio Justiniana*.

§ 22. 4. *Transmissio ex capite infantiae* und *ex jure patrio*.

VII. Untergang des Erbrechts. (P. § 495.)

§ 23. 1. Gründe. Indignität. (P. § 558—561.)

§ 24. 2. Wirkungen.

Drittes Kapitel.

Von der Acquisition der Erbschaft.

- § 25. I. Nothwendige und freiwillige Acquisition. (P. § 496. 500.)
- § 26. II. Wirkungen der Acquisition.
- § 27. 1. Successio per universitatem. (P. § 507.)
- § 28. Modificationen.
- § 29. a. Durch das beneficium inventorii. (P. § 508.)
- § 30. b. Durch das beneficium separationis. (P. § 509.)
- § 31. 2. Rechtsverhältnisse unter den Miterben.
- § 32. a. Obligation aus der Communio. (P. § 511.)
- § 33. b. Collationsverbindlichkeit. (P. § 512 — 517.)
- § 34. c. Accrescenzrecht. (P. § 505.)
- § 35. 3. Verbindlichkeit des Erben zur Erfüllung letztwilliger Dispositionen. (P. § 510.)
- § 36. 4. Die s. g. rückwirkende Kraft des Erbschaftsantritts. (P. § 450.)
- § 37. III. Veräußerung der acquirirten Erbschaft. (P. § 521.)
- § 38. IV. Aufhebung der Acquisition. (P. § 506.)

Viertes Kapitel.

Vom Schutz des Erbrechts.

- § 37. I. Definitiver Schutz durch die hereditatis petitio. (P. § 515 — 518.)
- § 38. II. Provisorischer Schutz.
- § 39. 1. Für das wahrscheinliche Erbrecht.
- § 40. a. Durch das interdictum quorum honorum. (P. § 519.)
- § 41. b. Durch die s. g. missio Hadriana. (P. § 520.)
- § 42. 2. Für das ungewisse Erbrecht. (P. § 520.)
- § 43. a. Durch missio ex edicto Carboniano.
- § 44. b. Durch missio ventris nomine.
- § 45. 3. Für das Erbrecht eines Wahnsinnigen. Missio furiosi nomine. (P. § 520.)
- § 46. 4. Für das bedingte Erbrecht. (P. § 475.)

Zweites Buch.

Die Lehre von der Erbfolge.

Erstes Kapitel.

Die Intestaterbfolge.

§ 44.

I. Allgemeines.

Wenn ein Erblasser ohne Testament verstirbt, so beruft seine Erben das *Gesetz*. Diese Berufung der *gesetzlichen* oder der *Intestat*-erben zur Succession in den Nachlass erfolgt nach Justinianischem Rechte aus zwei Gründen: *Verwandtschaft* und *Ehe* sind die beiden s. g. *Successionsgründe*. Hat der Erblasser weder Verwandten noch einen Ehegatten hinterlassen, so fällt der Nachlass als *bonum vacans* an den Fiscus. Nur wenn gewisse Personen existiren, mit denen der Erblasser im Leben durch ein bestimmtes Verhältniss nahe verbunden war, gehen diese um deswillen dem Fiscus vor. Man kann hiernach bei der Intestaterbfolge eine *successio ordinaria* aus dem Grunde der Verwandtschaft und der Ehe (§ 45) und eine *successio extraordinaria* aus andern Gründen (§ 52) unterscheiden.

Bei der *ordentlichen* Succession werden natürlich nicht alle Personen, für welche der Successionsgrund existirt, zugleich zur Erbfolge berufen. Es besteht vielmehr unter ihnen nach Art und Nähe der Verwandtschaft eine Rangordnung. Nach ihr sind die Successionsberechtigten in *Classen* (ordines) vertheilt, unter denen die frühere Classe der späteren vorgeht. In den einzelnen Classen haben die

ihnen angehörigen Personen bald einen gleichen Rang, so dass ihnen die Erbschaft zusammen deferirt wird, bald tritt auch unter ihnen noch eine Rangfolge ein, nach dem *Grade* der Verwandtschaft mit dem Erblasser. Diese Rangordnung bei der Intestaterbfolge nennt man die *Successionsordnung*. Die nach ihr gleichzeitig zur Erbschaft berufenen Personen theilen die Erbschaft unter sich. Der Modus dieser *Erbtheilung* d. h. die Grösse der Erbschaftsquote für die einzelnen Miterben bestimmt sich theils nach der Art der Verwandten, ob es Descendenten, Ascendenten u. s. w. des Erblassers sind, theils darnach, ob mit einer Art von Verwandten noch anderweitige Verwandte concurriren oder nicht. Hiernach greift bald *Kopftheilung*, bald *Stammtheilung*, bald *Linealtheilung* Platz.

Erwirbt der berufene Erbe die Erbschaft nicht, sei es wegen Tod vor dem Antritt oder wegen Repudiation, so tritt, wenn er Miterben hat, für diese das Accrescenzrecht ein, wenn nicht, *successio ordinum et graduum* d. h. es erfolgt eine successive neue, zweite, dritte etc. Delation an die Personen der nächsten Classe oder des nächsten Grades.

§ 45.

II. Successio ordinaria.

A. Successionsgründe.

1. Verwandtschaft.

Das Justinianische Intestaterbrecht der Verwandten beruht auf der Novelle 118 und einem Nachtrage in der Novelle 127. Nach diesen Gesetzen ist die Berufung zur gesetzlichen Erbfolge nicht mehr wie nach altem römischem Rechte durch die Agnation mit dem Erblasser bedingt, sondern sie setzt nur cognatische Verwandtschaft mit demselben voraus. Auch ist der Erbenspruch der Cognaten nicht mehr, wie es nach prätorischem Rechte der Fall war, eingeschränkt auf den sechsten resp. siebenten Grad, sondern er steht jetzt auch den Cognaten des entferntesten Grades zu, natürlich in der gesetzlichen Successionsordnung. Ebenso ist auch der Vorzug der Männer vor den Frauen, wie er im alten Rechte Statt fand, in Wegfall gekommen. Ohne Beschränkung auf einen bestimmten Grad und ohne Unterschied des Geschlechts werden in der Novelle 118 die *Descen-*

denten, die *Ascendenten* und die *Collateralen* des Erblassers zur Intestaterbfolge berufen, aber unter der Bedingung, dass sie mit demselben noch cognatisch verwandt geworden sind. Dies setzt voraus, dass sie noch gleichzeitig mit ihm existirt haben: Descendenten und Collateralen des Erblassers, die bei seinem Tode noch nicht concipirt waren, können nicht seine Intestaterben werden. Vergl. § 5 sub A. 1.

Von Einfluss auf die erbrechtlichen Wirkungen der Cognation ist es 1) ob sie eine *cognatio vera* ist, welche durch Zeugung, oder eine *cognatio ficta*, welche durch Adoption begründet wurde, und 2) ob die cognatische Verwandtschaft eine *eheliche* oder *uneheliche* ist. Mit der Adoptivverwandtschaft (§ 46) und mit der unehelichen Verwandtschaft (§ 47) verbinden sich eigenthümliche erbrechtliche Folgen.

§ 46.

a) Adoptivverwandtschaft.

Adoptirte und arrogirte Personen gehören zwei Familien an: ihrer leiblichen und der Adoptivfamilie. In der leiblichen Familie bleiben sie mit den Gliedern derselben nach wie vor cognatisch verwandt. In der Adoptivfamilie treten sie in den Kreis der Agnaten des Adoptivvaters ein. Gegen diese Agnaten haben sie aber als s. g. *ficti cognati* auch die Rechte der Cognaten, so lange das Adoptionsverhältniss dauert. Dagegen zu den blossen Cognaten des Adoptivvaters und zu dessen Ehefrau stehen sie in gar keinem Verwandtschaftsverhältniss, l. 23 D. de adopt. (1. 7).

Hiernach haben die Arrogirten und Adoptirten auch ein doppeltes Erbrecht: in der leiblichen und in der Adoptivfamilie. In der leiblichen Familie haben sie *actives* und *passives* Erbrecht: sie beerben ihre Cognaten, wie wenn sie überhaupt nicht adoptirt wären, und sie werden auch von ihnen beerbt, aber unter Concurrenz der gleichstehenden Adoptivverwandten, z. B. zugleich vom leiblichen und vom Adoptivvater. In der Adoptivfamilie beerben sie nur die Personen, mit denen sie agnatisch verwandt sind und deshalb auch als cognatisch verwandt fingirt werden. Ob sie von diesen auch beerbt werden, hängt von der Art ihrer Adoption ab. War es eine *plena adoptio* d. h. sind sie von einem väterlichen oder mütterlichen Ascendenten

adoptirt oder arrogirt, so kommen sie in die patria potestas des Adoptivvaters, werden daher Glieder seiner agnatischen Familie und haben deshalb in dieser wie actives auch passives Erbrecht. War aber ihre Adoption eine minus plena adoptio d. h. sind sie von einem extraneus adoptirt oder arrogirt, so kommen sie nicht in die patria potestas und deshalb auch nicht in die agnatische Familie des Adoptivvaters. Sie haben daher auch in dieser weder actives noch passives Erbrecht. Die erbrechtliche Wirkung dieser Adoption beschränkt sich vielmehr lediglich darauf, dass das Adoptivkind den Adoptivvater wie ein Kind ab intestato beerbt, c. 10 C. de adopt. (8. 48).

Für zwei Fälle der Adoptivverwandtschaft hat das römische Recht noch besondere Vorschriften aufgestellt: für die Arrogation eines impubes und für die Adoption durch eine Frau.

Wird ein impubes sui iuris arrogirt, so kommt er in die patria potestas und damit in die agnatische Familie des Arrogators. Er hat aber in ihr, so lange er im Alter der Unmündigkeit steht, nur actives, kein passives Erbrecht. Der pater arrogator muss vielmehr beim Tode des impubes sein Vermögen an die Personen restituiren, welche ihn beerbt hätten, wenn die Arrogation nicht eingetreten wäre. Dafür hat er bei der Arrogation Cautio durch Bürgen zu stellen, § 3 J. de adopt. (1. 11), c. 2 eod. C. (8. 48), l. 22 pr. eod. D. (1. 7).

Wird Jemand von einer Frau per rescriptum principis adoptirt, so tritt er zu ihr in das Verhältniss eines leiblichen Kindes; seine Descendenten gelten daher auch als Descendenten der Adoptivmutter. Mit ihrer Familie wird aber der Adoptirte in keiner Weise verwandt. Er und seine Descendenten haben also auch nur ein Erbrecht gegen die Mutter, nicht gegen die mütterliche Familie, und selbst dieses Erbrecht ist nur ein actives, kein passives; sie werden von der Adoptivmutter nicht beerbt, c. 5 C. de adopt. (8. 48), § 10 eod. J. (1. 11), l. 29 § 3 de inoff. testam. D. (5. 2).

Ueberall, wo Adoptivverwandtschaft mit dem Erblasser ein Erbrecht begründen soll, muss bei seinem Tode das Adoptivverhältniss noch existiren. Mit der Aufhebung dieses Verhältnisses hört sie auf ein Successionsgrund zu sein. Seine Aufhebung kann auf doppelte Weise erfolgen: 1) durch römische Emancipation des Adoptirten, während die s. g. emancipatio germanica diese Wirkung nicht hat.

Bei der Adoption durch eine Frau ist die römische Emancipation nicht möglich; hier kann das Adoptivverhältniss nur aufgehoben werden, wie es entstanden ist: per rescriptum principis. Beim arrogatus impubes ist die Emancipation zwar möglich, aber wenn sie ohne gerichtliche causae cognitio und Approbation erfolgt ist, erhält der impubes statt seines Intestaterbrechts ein anomales Pflichttheilsrecht am Nachlass des Arrogators, das Recht auf die s. g. Quarta Divi Pii; 2) durch den Tod des Adoptivaters, nach dem Geist des neusten römischen Rechts, obwohl er die agnatische Verwandtschaft nicht aufhebt. Den Adoptivvater beerbt der Adoptirte noch, dann aber hört sein actives und passives Erbrecht in der Adoptivfamilie auf.

§ 47.

b) Uneheliche Verwandtschaft.

Unehelich geborene Kinder stehen zu der Mutter und der mütterlichen Familie in demselben Verwandtschaftsverhältniss wie die ehelichen Kinder. Sie haben daher auch, wie diese, der Mutter und den mütterlichen Verwandten gegenüber als ihre Cognaten actives und passives Erbrecht, § 3 J. de S. C. Orphit. (3. 4), l. 2 D. unde cogn. (38. 8). Seuffert, Archiv. I. 256.

Dagegen haben uneheliche Kinder de jure keinen Vater und keine väterliche Verwandten. Es kann daher auch von einem Erbrecht unter ihnen nur soweit die Rede sein, als dies Princip Ausnahmen erfahren hat. Es giebt uneheliche Kinder, welche den ehelichen rechtlich völlig gleichgestellt sind; deshalb haben sie auch dem Vater und den väterlichen Verwandten gegenüber actives und passives Erbrecht. Dies sind die legitimirten Kinder, die Kinder aus einer putativen Ehe und nach der Praxis, die jedoch nicht überall anerkannt ist, die Brautkinder, d. h. Kinder, die nach einem vorgängigen gültigen Verlöbniß gezeugt sind. Vgl. Puchta, Pandect. § 41. Seuffert, Archiv VIII. 65. 66. IX. 189. XII. 344.

Ein Intestaterbrecht gegen den Vater und die väterlichen Verwandten haben nur die den ehelichen gleichstehenden unehelichen Kinder. Ein *gesetzliches Vermächtniss* wird dagegen nach Justinianischem Recht auch den Concubinenkindern unter gewissen Voraussetzungen deferirt. Nach Nov. 18 c. 5 und Nov. 89 c. 12. 15 erwerben Con-

cubinenkinder ersten Grades, mit Ausnahme der liberi incestuosi, wenn ihr Vater ohne legitime Ehefrau und ohne legitime, leibliche oder adoptirte, Kinder verstorben ist, ab intestato das Recht auf den sechsten Theil der erbschaftlichen Activa. Lebt auch die Concubine noch, so kann sie von diesem Vermächtniss der Kinder einen Kopftheil für sich in Anspruch nehmen. Lebt aber beim Tode des Vaters nur noch die Concubine, so hat diese gar kein Recht an dem Nachlass, auch nicht auf $\frac{1}{2}$, wie manche Juristen behaupten. Die Novelle giebt ihr nur ein Forderungsrecht auf einen Kopftheil gegen die Concubinenkinder; das Vermächtniss wird ausschliesslich diesen deferirt. Dagegen soll beim Tode der Concubinenkinder unter gleichen Voraussetzungen ihr Vater das Vermächtnissrecht erwerben, jedoch nur er selbst, nicht auch die väterlichen Verwandten.

Die herrschende Doctrin stellt irrthümlich das gegenseitige Recht der Concubinenkinder und ihres Vaters als ein *Erbrecht* dar. Sie übersieht, dass den Gegenstand desselben nicht der sechste Theil der Erbschaft bildet, sondern der sechste Theil der erbschaftlichen Activa nach Abzug der Schulden. Diesen Gegenstand behält das Recht selbst dann, wenn in Ermangelung aller Verwandten der Nachlass zur Universal-Succession an den Fiscus gelangt. Zur Erbfolge sind die Concubinenkinder selbst an letzter Stelle nicht berufen, Nov. 89 c. 12 § 4.

Ob diese Vorschrift Justinian's im heutigen gemeinen Rechte noch Geltung hat, ist bestritten. Manche Juristen halten sie für unanwendbar, weil es heute de iure keine Concubinenkinder mehr giebt, vgl. § 5 sub B. 1. Dagegen wird von andern Juristen mit Recht die Ansicht vertheidigt, dass die Vorschrift heute auf uneheliche Kinder überhaupt Anwendung finden muss, da Justinian sie unzweifelhaft nur deshalb auf liberi naturales beschränkte, weil bei den spurii die Feststellung der Paternität gesetzlich unzulässig war. Da dieser Grundsatz aus dem heutigen Recht verschwunden ist und mit ihm der Grund für die Beschränkung des Gesetzes, so rechtfertigt sich seine Ausdehnung auf uneheliche Kinder überhaupt. Die heutige Praxis schwankt wie die Theorie, vergl. auf der einen Seite Seuffert, Archiv VI. 223. VII. 202, XII. 343, auf der anderen Seuffert, Archiv I. 87, 88, VIII. 67.

§ 48.

2. *E h e.*

Unter den Affinitätsverhältnissen ist nur die Ehe ein Successionsgrund für die Intestaterbfolge, und zwar nur die rechtmässige, nicht auch die putative Ehe, und nur die Ehe, welche durch den Tod, nicht auch die, welche durch Scheidung getrennt ist. Dieser Successionsgrund hat seinen Ursprung in dem prätorischen Recht. Der Prätor gab dem überlebenden Ehegatten des Erblassers die *bonorum possessio unde vir et uxor*. *Justinian* hat diese b. p. in sein neues Intestaterbrecht herüber genommen. Nach heutigem Rechte gewährt aber auch sie eine civilrechtliche Delation; auf die Ausübung des Erbrechtes des überlebenden Ehegatten finden daher in jeder Beziehung die Regeln des *ius civile* Anwendung. Vergl. § 4. Seuffert, Archiv IX. 313.

§ 49.

B. S u c c e s s i o n s o r d n u n g.

1. *Classification im Allgemeinen.*

Von den beiden Successionsgründen hat die Verwandtschaft den Vorrang vor der Ehe. Der überlebende Ehegatte des Erblassers wird erst nach allen seinen Verwandten an letzter Stelle berufen. Das Motiv für die Eingehung einer Ehe soll gegenseitige Zuneigung, nicht die Hoffnung auf Bereicherung sein. Deshalb sollen die Ehegatten auch nur eine entfernte Aussicht haben, sich ab intestato gegenseitig zu beerben.

Unter den Verwandten bestimmt sich die Successionsordnung nach den natürlichen Graden der Innigkeit des Verwandtschaftsverhältnisses, vergl. *mein System* S. 48 ff. Nach ihnen beruft die Nov. 118 die Cognaten des Erblassers in vier Classen, von denen die frühere die folgende ausschliesst. An sie schliesst sich als fünfte Classe die b. p. unde vir et uxor. In jeder Classe kommen drei Fragen in Betracht: 1) wer hat das *Successionsrecht* d. h., welche Personen können überhaupt in einer Classe berufen werden? 2) wie bestimmt sich unter diesen Personen die *Successionsordnung*, d. h. in welcher Rangordnung werden sie zur Erbfolge berufen? 3) wie

erfolgt die *Erbtheilung* unter die zugleich berufenen Erben, d. h. zu welchen Quoten wird ihnen die Erbschaft deferirt.

§ 50.

2. Die einzelnen Classen der Nov. 118.

Erste Classe. Nov. 118 c. 1.

I. Das *Successionsrecht* in dieser Classe haben die cognatischen Descendenten des Erblassers. Zu ihnen zählen auch die Personen, welche der Erblasser arrogirt, und die er plene oder minus plene adoptirt hat, beim Tode einer Frau auch die von ihr per rescriptum principis adoptirten Kinder. Endlich gehören zu den cognatischen Descendenten auch die leiblichen Kinder des Erblassers, welche durch plena adoptio oder durch arrogatio noch einen Adoptivvater erhalten haben, weil die Adoption die cognatische Verwandtschaft mit den leiblichen Eltern nicht aufhebt.

Manche Juristen, z. B. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 35 S. 173, wollen den Adoptivkindern, so lange das Adoptionsverhältniss besteht, nur ein Intestaterbrecht gegen die leibliche Mutter, nicht auch gegen den leiblichen Vater geben, weil Niemand zwei Väter haben könne. Dieser Grund trifft nicht zu: denn die Nov. 118 macht die Berufung in erster Classe nicht von dem Kindesverhältniss zum Erblasser abhängig, sondern lediglich von dem Descendentenverhältniss. Puchta Pand. u. Vorl. § 454 spricht den Adoptivkindern aus dem von Mühlenbruch aufgestellten Grunde nur in der ersten Classe das Erbrecht gegen den leiblichen Vater ab, will es ihnen aber in der vierten Classe geben. Diese Ansicht steht noch in einem weiteren Widerspruch mit der Nov. 118; denn in der vierten Classe beruft sie nur die *Collateralen* des Erblassers.

Ein Intestaterbrecht haben in der ersten Classe nur die Descendenten des Erblassers. Es giebt aber Personen, welche mit diesen als *gesetzliche Vermächtnissnehmer* concurriren können. Eine solche Concurrenz tritt in folgenden Fällen ein:

1. Wenn der Erblasser eine *arme Wittwe* hinterlässt. Diese hat in Gestalt eines *gesetzlichen Vermächtnisses* ein anomales *Pflichttheilsrecht*. Vergl. § 89.
2. Wenn der Erblasser einen arrogatus impubes ohne gerichtliche Approbation emancipirt, so hat dieser in dem Anspruch auf

die s. g. Quarta Divi Pii ebenfalls ein anomales Pflichttheilsrecht in Gestalt eines gesetzlichen Vermächtnisses. Vergl. § 90.

3. Wenn der Erblasser ein *filiusfamilias* ist, so fällt die Erbschaft nur der Proprietät nach an seine Descendenten, der Niessbrauch verbleibt dem *paterfamilias* nach wie vor, Nov. 118 c. 1.

4. Wenn eine Frau ihren Ehemann hinterlässt und als Erben emancipirte Descendenten, die ihnen gemeinschaftlich sind, gleichviel aber ob ersten oder entfernteren Grades, so wird dem Ehemann als s. g. nachträgliches *praemium emancipationis* der Niessbrauch an einer *portio virilis* vom mütterlichen Nachlass deferirt. Diese *portio virilis* ist hier, weil Descendenten die Erbschaft in *stirpes* theilen, ein Stammtheil, zu dem die erbenden Descendenten *pro rata* ihrer Erbportionen gleichmässig beitragen müssen, c. 3 C. de bon. mat. (6. 60).

In den meisten Ländern hat heute dieses *praemium emancipationis* durch *desuetudo* seine Geltung verloren.

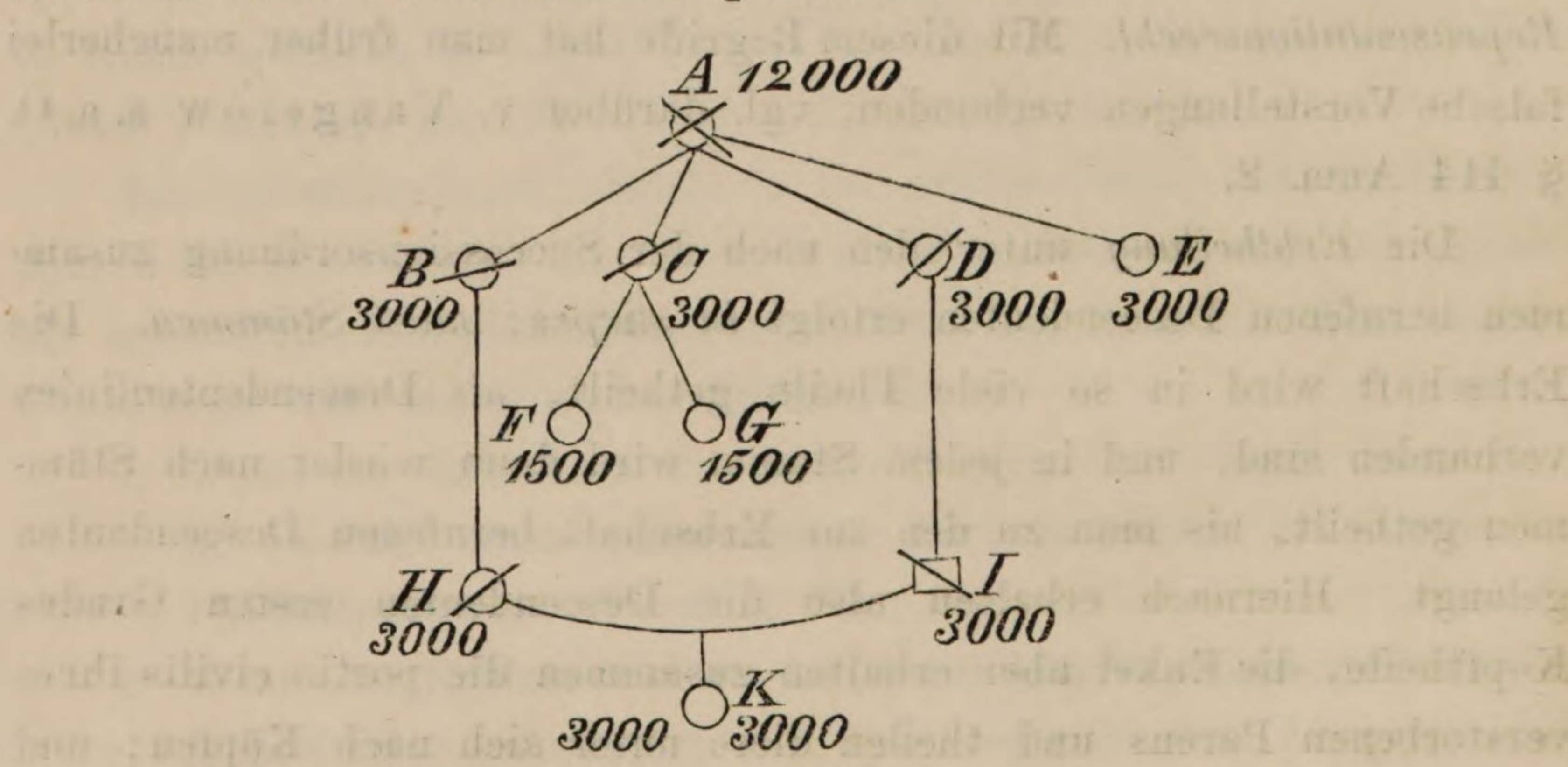
Die *Successionsordnung* in der ersten Classe wird durch folgende Regel bestimmt: *der nähere Grad schliesst den entfernteren von ihm abstammenden aus, nicht aber den entfernteren von ihm nicht abstammenden*. Neben dem Descendenten des nächsten Grades erbt also der Descendent des entferntesten Grades, sofern seine Ascendenten nicht mehr am Leben sind; er succedirt *in locum parentis defuncti*, d. h. er *repräsentirt* bei der Erbfolge seinen verstorbenen Ascendenten, Nov. 118 c. 1. Man sagt deshalb: die Descendenten erben nach *Repräsentationsrecht*. Mit diesem Begriffe hat man früher mancherlei falsche Vorstellungen verbunden, vgl. darüber v. Vangerow a. a. O. § 414 Anm. 2.

Die *Erbtheilung* unter den nach der *Successionsordnung* zusammen berufenen Descendenten erfolgt *in stirpes: nach Stämmen*. Die Erbschaft wird in so viele Theile getheilt, als Descendentenlinien vorhanden sind, und in jedem Stamm wird dann wieder nach Stämmen getheilt, bis man zu den zur Erbschaft berufenen Descendenten gelangt. Hiernach erhalten also die Descendenten ersten Grades Kopftheile, die Enkel aber erhalten zusammen die *portio civilis* ihres verstorbenen Parens und theilen diese unter sich nach Köpfen; und

die auf jeden Enkel fallende Quote erhalten wieder die Enkelkinder und theilen sie unter sich in capita u. s. w. Mehrere Enkel von einem Kinde zählen also, weil sie in locum parentis defuncti succediren, nur für einen Kopf, gleichviel ob der Erblasser blos Enkel von einem Kinde oder von verschiedenen Kindern hinterlassen hat, und gleichviel ob er nur von Enkeln oder von Descendenten verschiedener Grade beerbt wird. Es ist dies auch von Wichtigkeit für die Berechnung der Quote, welche der armen Wittwe von den erbschaftlichen Activen zukommt, wenn ihr die Enkel des Erblassers als Intestaterben gegenüberstehen. In Folge einer falschen Auffassung des s. g. Repräsentationsrechts stellten früher manche Juristen die Behauptung auf, bei Enkeln, wenn sie *allein* zur Erbschaft berufen seien, erfolge die Erbtheilung in capita: man nahm im Widerspruch mit c. 2 C. de suis et legitim. (6. 55) und Nov. 118 c. 2 an, das Repräsentationsrecht finde nur bei der Berufung von Descendenten verschiedener Grade Anwendung, vgl. v. Vangerow a. a. O. § 415 Anm. 1.

Hinterlässt der Erblasser eine schwangere Wittwe, so wird für den nasciturus eine dreifache Erbportion reservirt, weil Drillinge geboren werden können; kommt später nur *ein* postumus zur Welt, so accresciren die beiden ausfallenden Portionen allen zur Erbschaft berufenen Descendenten pro rata, l. 3, 4 D. si pars hered. (5. 4).

Sind unter den Descendenten solche, die mehr als *eine* Descendentenlinie mit dem Erblasser verbindet, so erhalten sie in Folge der Erbtheilung *nach Stämmen* wegen dieser mehrfachen Verwandtschaft auch eine mehrfache Erbportion.



Der Ursprung des Vermögens des Erblassers beeinflusst den Modus der Erbtheilung nicht; es ist für diese irrelevant, von wem das Vermögen her stammt. Es können aber gewisse Vermögensstücke wegen ihres Ursprungs ganz aus der Erbschaft ausscheiden. Wenn Kinder aus erster und zweiter Ehe erben, so gehören die *lucra nuptialia* aus erster Ehe, das sind die *dos* und die *donatio propter nuptias*, welche der Erblasser von dem ersten Ehegatten erworben hat, nicht zu seiner Erbschaft; sie fallen schon durch die Eingehung der zweiten Ehe der Proprietät nach an die Kinder erster Ehe, der überlebende Ehegatte behält nur noch den Niessbrauch. Um die Kinder zweiter Ehe gleichzustellen, lösen sich bei seinem Tode auch die *lucra nuptialia* aus zweiter Ehe von seiner Erbschaft ab und fallen ausschliesslich den Kindern zweiter Ehe zu, vgl. Puchta, Pandect. § 428 sub 1.

Zweite Classe. Nov. 118 c. 2.

Das *Successionsrecht* in der zweiten Classe haben die cognatischen Ascendenten des Erblassers, seine vollbürtigen Geschwister und die Kinder von verstorbenen vollbürtigen Geschwistern. Zu den cognatischen Ascendenten gehört, wenn der Erblasser ein *plene adoptatus* ist, neben seinem Adoptivvater als *fictus cognatus* und seiner leiblichen Mutter auch der leibliche Vater als *verus cognatus*. Manche Juristen, z. B. Puchta, Pand. u. Vorl. § 454, sprechen dem leiblichen Vater das Successionsrecht neben dem Adoptivvater ab; sie wollen ihn erst in der vierten Classe berufen, weil Niemand zwei Väter haben könne. Dabei ist übersehen: 1) dass die Novelle 118 in der zweiten Classe nicht den *Vater* sondern die *cognatischen Ascendenten* des Erblassers beruft. Zu diesen gehört aber der leibliche Vater; durch die *datio in adoptionem* treten seine Kinder nur aus dem bisherigen Kindesverhältniss zu ihm heraus, sein Ascendentenverhältniss zu ihnen kann überhaupt nicht aufgehoben werden; 2) dass in der vierten Classe der Nov. 118 nur die *Callateralen* des Erblassers berufen werden. Vgl. v. Vangerow a. a. O. § 412.

Die *Successionsordnung* bestimmt sich unter den Ascendenten nach der Nähe des Grades. Mit den nächsten Ascendenten erben die Geschwister und die Geschwisterkinder zusammen. Die letzteren

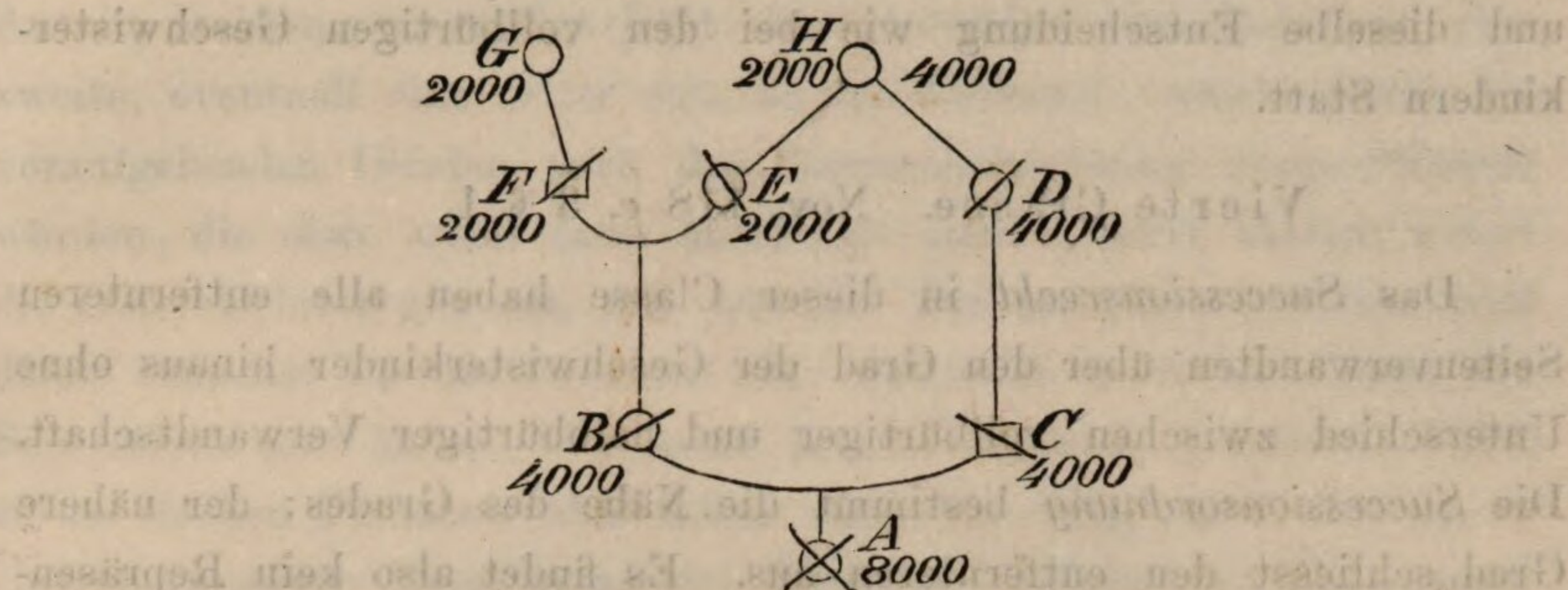
succediren in locum parentis defuncti; wie die Enkel, so erben also auch die Geschwisterkinder nach *Repräsentationsrecht*.

Nach der Nov. 118 erbten Geschwisterkinder nur neben Geschwistern; hinterliess der Erblasser auch Ascendenten, so wurden sie durch diese ausgeschlossen. Die Nov. 127 c. 1 hat dies geändert: nach ihrem Wortlaut sollen die Geschwisterkinder neben Geschwistern und Ascendenten succediren, nach der Intention des Gesetzgebers aber unzweifelhaft auch neben Ascendenten allein, wenn der Erblasser überhaupt keine Geschwister hinterlassen hat. Manche Juristen, z. B. v. Vangerow a. a. O. § 416, wollen sich nur an den Wortlaut halten, weil sie irrthümlich annehmen, die Nov. 127 sei als ein correctorisches Gesetz stricte zu interpretiren, vgl. auch Seuffert, Archiv V. 300. Bei jedem Gesetz muss ein vernünftiger Wille des Gesetzgebers vorausgesetzt, und diesem gemäss muss es interpretirt werden. Sollen die Geschwisterkinder durch die Ascendenten nicht ausgeschlossen werden, wenn noch Geschwister vorhanden sind, so können sie auch durch sie nicht ausgeschlossen werden, wenn keine Geschwister existiren. Es ist kein Grund erfindlich, aus welchem in diesem Falle die Ausschlussung wieder eintreten sollte. Die Nov. 127 kann daher nur die allgemeine Vorschrift enthalten: die Geschwisterkinder sollen neben den Ascendenten succediren. Vgl. Puchta, Vorl. § 457.

Die *Erbtheilung* ist bei Ascendenten und Geschwistern Kopftheilung, bei Geschwisterkindern Stammtheilung. Nur in zwei Fällen tritt eine Ausnahme ein:

1) Wenn der Erblasser *nur* Ascendenten hinterlassen hat, und zwar solche, die bei gleicher Gradesnähe, theils der väterlichen, theils der mütterlichen Linie angehören, so theilen sie *in lineas*: die Erbschaft wird in zwei Hälften getheilt, davon fällt die eine den väterlichen, die andere den mütterlichen Ascendenten *nach Köpfen* zu. In jeder der beiden Linien wird also nicht wieder in *lineas*, sondern sofort in *capita* getheilt: *ex aequo* inter eos hereditas dividatur, Nov. 118 c. 2. Ascendenten, die mit dem Erblasser zugleich durch die väterliche und durch die mütterliche Linie verbunden sind,

erhalten aber wegen dieser mehrfachen Verwandtschaft in Folge der Linealtheilung auch eine mehrfache Erbportion.



2) Wenn der Erblasser ausschliesslich Geschwisterkinder hinterlässt, so theilen sie nicht in stirpes, sondern nach Entscheidung des Reichsabschiedes zu Speyer vom Jahre 1529 § 31 in capita. Schon unter den Glossatoren war es bestritten, ob für sie Stammtheilung oder Kopftheilung eintreten müsse. Manche entschieden sich für die Kopftheilung, weil sie sich von der oben schon erwähnten falschen Ansicht über den Begriff des s. g. Repräsentationsrechtes leiten liessen; diese irrige Meinung wurde dann legalisirt.

Wird ein *filiusfamilias* in der zweiten Classe beerbt, so hört der bisherige *ususfructus paternus* an seinem Vermögen auf; an Stelle desselben erhält der *Paterfamilias* seine Erbportion. Nur wenn der *filiusfamilias* in der ersten Classe von seinen Descendenten beerbt wird, dauert an dessen Erbtheilen der *ususfructus paternus* fort, Nov. 118 c. 2.

Dritte Classe. Nov. 118 c. 3 pr.

Das *Successionsrecht* in der dritten Classe haben die halbbürtigen Geschwister des Erblassers und die Kinder von verstorbenen Halbgeschwistern. War der Erblasser ein *plene adoptatus*, so erben hier also neben seinen leiblichen Halbgeschwistern auch seine Adoptivgeschwister als *consanguinei*.

Die *Successionsordnung* beruft auch hier die Geschwisterkinder und Geschwister neben einander; es greift also für jene auch im Fall der Halbbürtigkeit das Repräsentationsrecht Platz.

Die *Erbtheilung* ist ebenfalls für halbbürtige Geschwister Kopftheilung, für halbbürtige Geschwisterkinder Stammtheilung. Wenn

aber der Erblasser nur halbbürtige Geschwisterkinder hinterlassen hat, so theilen sie in capita. Es fand bei ihnen dieselbe Controverse und dieselbe Entscheidung wie bei den vollbürtigen Geschwisterkindern Statt.

Vierte Classe. Nov. 118 c. 3 § 1.

Das *Successionsrecht* in dieser Classe haben alle entfernteren Seitenverwandten über den Grad der Geschwisterkinder hinaus ohne Unterschied zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft. Die *Successionsordnung* bestimmt die Nähe des Grades: der nähere Grad schliesst den entfernteren aus. Es findet also kein Repräsentationsrecht Statt. Die *Erbtheilung* für die Seitenverwandten gleichen Grades ist Kopftheilung.

Fünfte Classe.

An die vier Erbklassen der Nov. 118 schliesst sich als fünfte: die aus dem prätorischen Recht erhaltene bonorum possessio unde vir et uxor. Sie beruft den überlebenden Ehegatten des Erblassers.

Ein unbekannter Verfasser hat die Erbfolgeordnung der Nov. 118 in folgende Memorialverse gebracht:

Descendens omnis succedit in ordine primo;

Ascendens propior, germanus, filius ejus,

Tunc latere ex uno frater, quoque filius ejus:

Hi cuncti in stirpes succedunt, in capita autem

Juncti ascendentes, fratrum proles quoque sola.

Denique proximior reliquorum quisque superstes.

§ 51.

3. Successio ordinum et graduum.

Die Nov. 118 hat nur eine neue *Ordnung* der Intestaterbfolge eingeführt; im Uebrigen hat sie es bei den Grundsätzen des früheren Intestaterbrechts belassen. Es sind also namentlich auch das Accrescenzrecht und die Vorschriften des edictum successorium in Geltung geblieben.

Wenn von den Personen, welche nach der Successionsordnung zusammen zur Intestaterbfolge berufen sind, *Einer* oder *Einige* die deferirte Erbportion nicht erwerben, sei es dass sie repudiiren oder als Delaten sterben, so accrescirt dieselbe den Miterben, vgl. § 32.

Wenn aber von den zusammen Berufenen *Keiner* auf Grund der Delation Erbe wird, weil sie sämmtlich repudiiren oder vor dem Antritt sterben, so erfolgt jetzt eine successive neue Delation, eine zweite, eventuell eine dritte etc., an die Personen, welche durch die vorausgehenden Delaten nach der Successionsordnung ausgeschlossen wurden, die also, wenn diese überhaupt nicht existirt hätten, sofort die ersten Delaten gewesen sein würden. Die successive Delation tritt daher zunächst für die Personen ein, welche in *derselben* Classe das Successionsrecht haben; hier nennt man sie *successio graduum*. Fehlt es an solchen Personen oder fallen auch sie weg, so kommt es zu einer successiven Delation an die Personen, welche das Successionsrecht in der *folgenden* Classe haben und zwar nach der Successionsordnung, welche für diese Classe gilt; hier nennt man sie *successio ordinum*. Puchta, Pand. u. Vorl. § 458 hält eine *successio graduum* nur in den Classen möglich, in welchen die Berufung nach der Nähe des Grades erfolgt, also nur in der vierten Classe der Nov. 118 und in der zweiten Classe hinsichtlich der Ascendenten. Wenn die in der ersten Classe zusammen berufenen Descendenten, z. B. die Söhne des Erblassers, wegfallen, so soll es nach Puchta nicht zu einer *successio graduum* für die von ihnen abstammenden Enkel kommen, sondern zu einer *successio ordinum* an die zweite Classe. Und ebenso soll, wenn die zunächst berufenen vollbürtigen oder halbbürtigen Geschwister des Erblassers wegfallen, die Delation nicht durch *successio graduum* an die von ihnen abstammenden Geschwisterkinder gelangen, sondern durch *successio ordinum* an die dritte bzw. an die vierte Classe. Diese Ansicht entspricht nur dem Ausdruck *successio graduum*, der kein quellenmässiger ist, sondern der Doctrin angehört, die ihn in der oben erwähnten Bedeutung gebraucht. Mit den Vorschriften des römischen Rechts steht sie in Widerspruch. Sie zieht Personen, welche die Nov. 118 in einer früheren Classe beruft, und die um deswillen in dieser Classe das Successionsrecht haben, solche vor, die erst in einer späteren Classe zur Succession berufen werden. Nach ausdrücklicher Bestimmung der Nov. 118 soll nun aber, so lange noch irgendwelche in einer früheren Classe berufene Personen existiren, keine Delation an die folgende Classe, also keine *successio ordinum*, sondern *successio graduum* Statt finden: *si quis igitur descendentium fuerit ei,*

qui intestatus moritur, cujuslibet naturae aut gradus omnibus ascendentibus et ex latere cognatis praeponatur. Nov. 118 c. 1.

Ausgeschlossen ist die *successio ordinum et graduum*: 1) wenn eine *Transmission* der *Delation* eintritt; diese hindert wie die *Accrescenz* auch die *successive Delation*, vgl. § 18 ff. u. § 32; 2) für Personen, die beim Tode des Erblassers noch nicht concipirt, deshalb mit ihm überhaupt nicht mehr verwandt waren. Solche *non-dum concepti* können die Erbschaft nur auf dem Wege der *Transmission* erhalten; 3) wenn Einer der zusammen berufenen Delaten seine Erbportion erwirbt; hier tritt für diesen das *Accrescenzrecht* ein, wenn die übrigen wegfallen. Gegen die namentlich von Francke, Beiträge S. 167 ff. vertretene Ansicht, welche der *successio graduum* den Vorzug vor dem *Accrescenzrecht* giebt, vgl. § 32 und v. Vangerow a. a. O. § 420.

Haben sämmtliche zusammen berufene Delaten ihre Erbportionen erworben, so kann keine *Accrescenz* und keine *successive Delation* mehr Statt finden, sofern der Erwerb nicht wieder rückgängig wird auf Grund des *beneficium abstinendi* oder einer *in integrum restitutio*. Wo die *Acquisition* der Erbschaft aus dem einen oder andern Grunde für alle Erben aufgehoben wird, da kommt es auch jetzt noch zu einer *successiven Delation*; erfolgt aber die Aufhebung bloß für einzelne Erben, so gelten hinsichtlich des *Accrescenzrechts* im Fall der *Abstinenz* und der *Restitution* verschiedene Vorschriften, vgl. § 32.

§ 52.

C. Erbtheilung.

Der *Modus* der Erbtheilung bestimmt sich nach dem Zeitpunkt der *Delation*, nicht nach dem Zeitpunkt der *Acquisition* der Erbschaft. Mit der *Delation* erwirbt jeder der zusammen berufenen Erben das Erbrecht zu einer bestimmten Erbschaftsquote. Fallen von ihnen einzelne durch Tod oder *Repudiation* weg, so vergrößert sich die Quote der übrigen auf dem Wege der *Accrescenz*. Die ursprüngliche Art der Erbtheilung kann daher nur durch eine *successive neue Delation* eine Veränderung erfahren. Wenn also z. B. der Erblasser mit Hinterlassung von Geschwistern und von väterlichen und mütterlichen Ascendenten gleichen Grades stirbt, so wird den Ascendenten wie den Geschwistern die Erbschaft nach Kopftheilen deferirt. Ster-

ben die Geschwister vor dem Antritt, so accrescirt deren Portion den Ascendenten: es bleibt also bei der Theilung in capita, während wenn sie von vornherein allein berufen worden wären, Linealtheilung Statt gefunden hätte. Eben so verhält es sich, wenn Geschwistern und Geschwisterkindern die Erbschaft zusammen deferirt ist, und die Geschwister fallen später durch Repudiation oder Tod weg; hier theilen die Geschwisterkinder, obwohl sie jetzt allein succediren, doch nicht in capita, sondern in stirpes. Wenn dagegen z. B. zuerst blos Geschwister die Delaten sind, dann aber durch eine successive Delation die von ihnen abstammenden Geschwisterkinder berufen werden, so theilen diese jetzt nicht in stirpes, sondern nach dem R. A. von 1529 in capita.

§ 53.

III. Successio extraordinaria.

Wenn es einem Erblasser an allen Familiengliedern fehlt, so steht er in nächster Beziehung zu der Corporation oder dem Collegium, in welchem er gelebt hat. Das römische Recht deferirt deshalb vor dem Fiscus denjenigen Personen den Nachlass, welche durch ein derartiges Verhältniss mit dem Erblasser verbunden waren. Unter Constantin entstand das Erbrecht der Curie und des Collegiums der navicularii, c. un. C. Th. de bon. dec. (5. 2), c. 1, 4 C. de hered. dec. (6. 62); von Constantius wurde das Erbrecht des Regiments, welches Hadrian schon den Legionen ertheilt hatte, auch der Reiterei eingeräumt, c. 2 C. eod. Theodosius und Valentinian gaben den Collegium der fabricenses ein Erbrecht, und den Kirchen und Klöstern, wenn ihre Diener, beziehungsweise Mönche oder Nonnen ohne Verwandten gestorben waren, c. 5 C. eod. c. 20 C. de episc. (1. 3).

Von diesen Fällen der successio extraordinaria gehören zwei noch dem heutigen gemeinen Rechte an: das Erbrecht des Regiments, in welchem der Erblasser diente, und das Erbrecht der Kirchen und Klöster gegen ihre Geistlichen, bezw. gegen ihre Mönche und Nonnen, Sintenis, prakt. gem. Civilr. § 165 Note 5.

Manche Juristen sprechen noch von einem ausserordentlichen Erbrecht des socius liberalitatis imperialis auf Grund der c. un. C.

si liber. imp. soc. sine her. decess. (10. 14). Diese Constitution des Kaisers Constantius enthält folgende Bestimmung: wenn von zwei Personen, die der Kaiser gemeinschaftlich beschenkt hat, eine ohne Erben stirbt, so soll deren Antheil an der Schenkung dem socius liberalitatis zufallen. In der That bezweckt diese Vorschrift nicht die Anordnung eines *Erbrechts*, sondern eines *gesetzlichen Vermächtnisses*: Universalsuccessor des Erblassers wird hier der Fiscus, neben diesem steht als Singularsuccessor der socius liberalitatis imperialis, Puchta, Pand. § 564.

Zweites Kapitel.

Die testamentarische Erbfolge.

§ 54. I. Begriff und Arten letztwilliger Verfügungen. (P. § 461.)

§ 55. II. Das Testament.

1. Testamenti factio activa. (P. § 462.)

§ 56. 2. Form des Testaments. (P. § 464 — 470.)

A. Privattestamente.

a. Regelmässige Form.

§ 57. b. Unregelmässige Form.

α. Wegen der Person des Testators.

§ 58. β. Wegen besonderer Umstände bei der Errichtung.

§ 59. γ. Wegen des Inhalts des Testaments.

§ 60. B. Oeffentliche Testamente.

§ 61. 3. Inhalt des Testaments.

A. Allgemeine Grundsätze. (P. § 472.)

§ 62. B. Erbeinsetzung. (P. § 471.)

a. Erbfähigkeit und Capacität der instituirten Erben.
(Vgl. § 5.)

§ 63. b. Form der Erbeinsetzung. *Heredis institutio ex certa re.* (P. § 473.)

Die Erbeinsetzung besteht in der Ernennung eines Universalsuccessors. Nach Justinianischem Rechte kann sie in jeder Form, deshalb auch stillschweigend erfolgen: in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eum liquebit volun-

tatis intentio, c. 15 C. de testam. (6. 23). Diese Constitution hat nicht bloß die nach dem bisherigen Recht nöthigen bestimmten Wortformeln für die Erbeinsetzung aufgehoben, sondern auch die Nothwendigkeit einer ausdrücklichen Erklärung: denn es soll jede Ausdrucksweise zulässig sein, aus welcher der Wille des Testators erhellt. Es läßt sich deshalb nicht rechtfertigen, wenn manche Juristen, z. B. Puchta, Pand. u. Vorl. § 473, auch für das Justinianeische Recht noch die Möglichkeit einer stillschweigenden Erbeinsetzung in Abrede stellen und in Folge dessen zu der Regel gelangen: *in conditione positus non est in dispositione*. Hat z. B. der Erblasser in seinem Testament gesagt: „wenn Titius mein Erbe nicht wird, so soll Mävius mein Erbe sein,“ so kann zwar nach Pandectenrecht Titius nicht als instituirter Erbe betrachtet werden, weil seine Erbeinsetzung nicht *verbis civilibus* erfolgt ist, l. 19 D. de hered. inst. (28. 5), l. 16 § 1 D. de vulg. subst. (28. 6); nach Justinianischem Recht hängt es aber lediglich von der durch Interpretation zu ermittelnden Intention des Testators ab, ob in einer solchen Disposition eine Erbeinsetzung enthalten ist oder nicht, vgl. v. Vangerow, Lehrb. d. Pand. § 449 Anm. 1.

Die Ernennung eines Erben ist sogar möglich ohne Bezeichnung seiner Person. Der Testator kann sich seine Benennung vorbehalten in einer späteren Urkunde, für die es keiner Solennitäten weiter bedarf, l. 10 D. de condit. inst. (28. 7), l. 77 D. de heredib. inst. (28. 5), l. 38 D. de cond. et dem. (35. 1), l. 12 D. de b. p. sec. tab. (37. 11). Ein Testament mit diesem Vorbehalt nennt man ein *testamentum mysticum*. Die Errichtung eines mündlichen Testaments fordert nach den Quellen die Benennung des Erben, l. 21 pr. D. qui test. fac. (28. 1), Notariatsordnung von 1512 Tit. II. § 8; nach der Praxis kann aber auch bei ihm die Erklärung des Vorbehalts vor den Zeugen gemacht werden, also auch das mündliche Testament ein mystisches sein.

Es giebt im Justinianischen Recht für die Anordnung einer Erbeinsetzung bloß ein Erforderniss, und dieses leitet sich aus ihrem Begriffe ab: sie muss die Ernennung eines *Universalsuccessors* enthalten. Die Worte, in welchen dieselbe ausgesprochen wird, kommen nicht in Betracht; wenn der Testator gesagt hat, er *vermache* einer bestimmten Person sein ganzes Vermögen, so enthält diese Disposition ganz ebenso eine gültige Erbeinsetzung, wie wenn er gesagt hat, er setze sie *zum Erben* auf sein ganzes Vermögen ein. Hat er dagegen eine Person nur mit einzelnen Sachen oder mit einer Summe oder bloß mit dem Niessbrauch honorirt, so liegt in dieser Verfügung an sich nur die Anordnung eines Vermächtnisses. Der Testator kann aber auch einer so bedachten Person die *Erbenqualität* haben beilegen wollen. Hier hat er seinen Willen in einer fehlerhaften Form realisirt. Diese *heredis institutio ex certa re* ist eine vitiöse Erbeinsetzung, weil sie kein *successio in universum jus defuncti* anordnet. Sie wird aber durch das *Vitium* nicht nichtig, sondern, weil letztwillige Dispositionen möglichst aufrecht zu erhalten sind, bloß rectificirt. Das römische Recht stellt hier folgende Bestimmung auf: die *res certa* wird gestrichen und demgemäss der Erbe so behandelt, als wenn er *sine parte* d. h. ohne Bezeichnung seiner Erbschaftsquote instituiert worden wäre. Bei diesem Verfahren hat es sein Bewenden, sofern nicht aus dem Testament ersichtlich ist, dass der Testator den Erben zu Gunsten einer andern Person auf den Erwerb der *certa res* beschränkt wissen wollte. In diesem Fall muss der Erbe, der Intention des Erblassers entsprechend, auf Grund eines stillschweigenden *Universalfideicommisses* seine Erbportion an diese Person restituiren, kann aber auf Grund eines stillschweigenden *Singularvermächtnisses* die *certa res* von ihr zurückverlangen, l. 1 § 4, l. 9 § 13 D. de hered. inst. (28. 5). Bei der Anwendung dieses Principes sind folgende drei Fälle zu unterscheiden:

1) *Der Erblasser hat blos einen Erben, und diesen ex certa re instituiert*, z. B. auf sein Haus. Hier wird der Erbe durch Beseitigung der certa res als heres sine parte scriptus zum heres ex asse. Er bleibt dies aber nur, wenn sich aus dem letzten Willen keine Person ergibt, zu deren Gunsten ihn der Testator auf die certa res beschränkt wissen will. Existirt dagegen eine solche, so muss er dieser auf Grund eines stillschweigenden Universalfideicommisses die Erbschaft herausgeben, kann aber von ihr auf Grund eines stillschweigenden Singularfideicommisses die certa res zurückverlangen. l. 29 D. ad S. C. Treb. (36. 1), § 3 J. quib. mod. test. inf. (2. 17). Vergl. Neuner, die heredis institutio ex certa re S. 22. ff., v. Vangerow a. a. O. § 449. Anm. 2. I.

2) *Der Erblasser hat mehrere Erben instituiert, sämmtlich ex certa re*, z. B. den A auf sein Landgut, den B auf 1000, den C auf sein Haus. Hier werden auch sie durch Beseitigung der certae res zu heredes sine parte scripti. Als solche bekommen sie gleiche Quoten; zugleich erhält jeder von ihnen die certa res, auf die er eingesetzt ist, als *Prälegat*. Wenn jedoch aus dem letzten Willen eine Person ersichtlich ist, zu deren Gunsten der Testator die Erben auf ihre certa res beschränken wollte, so müssen sie auch hier ihre Erbportion als Universalvermächtniss an diese herausgeben, können aber von ihr die certa res als Singularvermächtniss zurückfordern, l. 35 pr. § 1 D. de hered. inst. (28. 5), l. 29 D. ad S. C. Treb. (36. 1). Vgl. Neuner a. a. O. S. 124 ff., v. Vangerow a. a. O. sub II.

3) *Der Erblasser hat seine Erben theils auf Quoten oder sine parte, theils auf certae res instituiert*. Hier wird bei den heredes ex certa re zunächst wieder die certa res gestrichen; als heredes sine parte scripti erhalten sie zusammen die noch nicht vertheilte Erbschaftsquote oder, wenn die übrigen Erben auch sine parte instituiert sind, gleiche Quoten mit diesen. Eine solche Verfügung enthält aber stets den unzweideutigen Willen des Erblassers,

dass die heredes ex certa re zu Gunsten der *Miterben* auf die certa res beschränkt sein sollen. Sie müssen deshalb ihre Erbportion an diese als Universalfideicommiss restituiren, aber deducta re certa, so dass sie die certa res als Singularfideicommiss zurückerhalten. An und für sich hat jeder heres fiduciarius bis zur Restitution des Universalvermächtnisses die Erbschaftsklagen zur Geltendmachung seines Erbrechtes, also auch der heres ex certa re, dem stillschweigend ein solches Vermächtniss auferlegt ist. Im vorliegenden Fall ist ihm diese Klage von Justinian durch die c. 13 C. de hered. inst. (6. 24) entzogen worden. Die Restitution des Universalvermächtnisses an die Miterben soll als sofort geschehen fingirt werden, und demgemäss die *Erbschaftsklage* nur diesen zustehen; die heredes ex certa re sollen nur die *Rechtsmittel eines Vermächtnissnehmers* auf ihre certa res haben. Diese Vorschrift darf aber nicht, wie es früher geschah, vgl. v. Vangerow a. a. O. sub III, so aufgefasst werden, als habe Justinian die heredes ex certa re hier zu blossen Legataren gemacht; er hat ihnen nur die *Erbschaftsklage*, nicht die *Erbenqualität* entzogen. Diese macht sich auch bei dem heres ex certa re überall geltend, wo sie sonst von Einfluss ist. Es genügt daher z. B. auch die hered. inst. ex certa re den Vorschriften der Nov. 115; es tritt ferner auch für den heres ex certa re das Accrescenzrecht unter den gewöhnlichen Voraussetzungen ein; auch er hat das Recht auf den Abzug der Quarta Trebelliana, wenn die certa res noch nicht den vierten Theil seiner Erbportion ausmacht u. s. w. Die Eigenschaft eines Vermächtnissnehmers hat der heres ex certa re nur, soweit es sich nach der Restitution seiner Erbportion um den Rückerwerb der certa res handelt. In Bezug auf diesen kommen auf ihn durchweg die Grundsätze über die Legate zur Anwendung, z. B. so hinsichtlich des dies legati cedens und veniens, hinsichtlich des Abzugs der Quarta Falcidia u. s. w. Vgl. Neuner a. a. O. S. 341 ff., v. Vangerow a. a. O. sub III.

Eine gleiche Behandlung wie für die heredis institutio ex certa re tritt nach der c. 13 C. cit. auch für eine an sich ordnungsmässige Erbeinsetzung sine parte oder ex certa parte ein, wenn sie den Zusatz enthält, der Instituirte solle mit einer certa res zufrieden sein. Und eine gleiche Behandlung erfährt ferner auch die heredis institutio auf den Niessbrauch der Erbschaft, z. B.: A soll mein Erbe sein, B soll mein Erbe sein auf den Niessbrauch. Auch hier wird der ususfructus gestrichen; der darauf eingesetzte Erbe B ist daher zunächst, als heres sine parte scriptus, Erbe zu $\frac{1}{2}$ neben seinem Miterben. Wenn er aber nach der Absicht des Testators zu Gunsten des letzteren auf den ususfructus beschränkt sein soll, so muss er seine Erbportion an ihn als Universalvermächtniss restituiren, während er den ususfructus als Singularfideicommiss zurückfordern kann; vgl. v. Vangerow a. a. O.

In den Quellen wird auch von einer heredis institutio *excepta re certa* gesprochen, z. B.: Titius excepto usufructu oder excepto fundo heres mihi esto. Hier tritt ein analoges Verfahren wie bei der heredis institutio ex certa re ein: die exceptio rei certae wird gestrichen und ist überhaupt bedeutungslos, wenn sich aus dem letzten Willen keine Person ergibt, zu deren Gunsten sie gemacht ist. Hat der Testator aber eine solche Person ausdrücklich genannt, oder hat er sie stillschweigend durch die Ernennung von Miterben bezeichnet, so enthält die exceptio rei certae ein Singularvermächtniss an diese. Der heres *excepta re certa* muss also die res certa als Legat an diese Person herausgeben, l. 74 D. de hered. inst. (28. 5), l. 68 pr. D. de legat. (31).

§ 64. c. Einsetzung mehrerer Erben.

Sind im Testament mehrere Erben instituiert, so kann dies mit oder ohne Bestimmung ihrer Erbtheile geschehen sein, oder theils mit, theils ohne Bestimmung derselben:

1) Hat der Erblasser seine *sämmtlichen Erben sine parte instituiert*, so erhalten sie gleiche Theile, § 6 J. de hered. inst. (2. 14), sofern nicht durch die Art der Ein-

setzung stillschweigend eine andere Theilung der Erbschaft angeordnet ist. Eine solche stillschweigende Anordnung kann in der Satzverbindung (*coniunctio*) liegen, in welcher mehrere Erben, anderen gegenüber, im Testament instituiert sind: aus dieser Verbindung kann sich der Wille des Testators ergeben, dass die *heredes coniuncti* bei der Erbtheilung nur für Einen Kopf zählen sollen. Wenn der Testator z. B. gesagt hat: „meine Erben sollen sein: 1) A, 2) B und C, 3) D, E und F“, so kann darin die stillschweigende Erklärung enthalten sein, dass die sub 2 und die sub 3 in einem Satz instituirten Erben je einen Kopftheil zusammen erhalten sollen, so dass $\frac{1}{3}$ der Erbschaft dem A, $\frac{1}{3}$ B und C, und $\frac{1}{3}$ D, E und F zugewandt ist. Die römischen Juristen nennen solche Erben, die blos durch Einsetzung in demselben Satz miteinander verbunden sind: *heredes verbis tantum coniuncti*. Ob der Erblasser sie durch diese Conjunction gemeinschaftlich auf einen Theil hat einsetzen wollen oder nicht, das muss im concreten Fall durch Interpretation ermittelt werden, l. 142 D. de V. S. (50. 16), l. 11, l. 13 pr. l. 59 § 2 D. de heredib. inst. (28. 5).

2) Hat der Testator *alle seine Erben ex certa parte eingesetzt*, so sind auch dabei Conjunctionen möglich, welche die Erklärung enthalten, dass die *heredes conjuncti* zusammen blos einen Erbtheil bekommen sollen. Eine solche Conjunction ist die *re tantum coniunctio* und die *re et verbis coniunctio*. Die erstere liegt vor, wenn mehrere Erben zwar nicht in demselben Satze, aber auf dieselbe Quote eingesetzt worden sind, die letztere, wenn ihre Einsetzung zugleich in demselben Satze und auf dieselbe Quote erfolgt ist. Wenn der Testator z. B. gesagt hat: „ich ernenne zu Erben: A auf $\frac{1}{2}$, B auf $\frac{1}{4}$, C auf $\frac{1}{4}$; auf dieselbe Hälfte, auf welchen ich den A instituiert habe, setze ich auch den D ein“ —, so theilen A und D diese Hälfte unter sich als *re tantum coniuncti*. Und ebenso verhält es sich, wenn der Erblasser z. B. so testirt: „A soll mein Erbe sein auf $\frac{1}{4}$, B und C auf $\frac{1}{4}$, D, E und F auf $\frac{1}{4}$ “. Hier sind B und C, sowie D, E und F *re*

et verbis coniuncti und theilen als solche die ihnen gemeinschaftlich zugewiesene Quote, l. 15 pr. D. de hered. inst. (28. 5).

Hat der Testator durch die für seine Erben bestimmten Theile die Erbschaft nicht erschöpft, so fällt auch der Rest, über welchen er nicht testirt hat, iure accrescendi den Testamentserben pro portionibus hereditariis zu, l. 13 § 2, 3, l. 78 § 1 D. de hered. inst. (28. 5). Die hiernach jedem Testamentserben gebührende Gesamtportion ergibt sich, wenn man die Erbschaftsquoten, auf welche sie eingesetzt sind, auf gleichen Nenner bringt und für die dadurch entstandenen Zähler aus der Summe derselben einen neuen Nenner bildet.

Sind vom Erblasser zu viel Erbschaftsquoten vertheilt, so muss bei jedem Testamentserben eine Decrescenz, d. i. ein verhältnissmässiger Abzug von seiner Institutionsportion erfolgen. Der nach der Decrescenz jedem zukommende Erbtheil wird berechnet wie im Fall der Accrescenz, l. 13 § 4—7, l. 59 § 1 D. de hered. inst. (28. 5), § 7 J. h. t. (2. 14).

Nach Pandectenrecht trat die gewöhnliche Decrescenz auch in dem Falle ein, wenn der Testator zuerst einen Erben auf die ganze Erbschaft instituiert hatte und neben ihm noch andere Erben auf Quoten, die aber ein Ganzes nicht erreichen, l. 13 § 4, 6, l. 47 D. de hered. inst. (28. 5). Justinian bestimmte dagegen: die Erbeinsetzung auf die ganze Erbschaft soll hier um die nachfolgenden Erbernennungen auf Quoten vermindert werden, weil sich die Annahme rechtfertigt, der Testator habe erstere bis zum Betrage der letzteren revociren wollen, c. 23 C. de legat. (6. 37). Abweichend interpretirt diese Stelle v. Vangerow, Lehrb. der Pand. § 449 Anm. 3.

3) Sind *einige Erben ex certa parte und neben ihnen andere sine parte instituiert*, so erhalten diese den nicht vertheilten Rest nach Köpfen, aber unter Berücksichtigung einer etwaigen Conjunction.

Ist durch die *certae partes* die Erbschaft schon erschöpft, oder betragen diese bereits mehr, aber noch nicht zwei Ganze, so wird jede *certa pars* auf die Hälfte herabgesetzt, und der Rest fällt an die *heredes sine parte scripti* nach Köpfen, l. 47 § 1 D. de hered. inst. (28. 5), § 5 J. h. t. (2. 14).

§ 65. d. Nebenbestimmungen der Erbeinsetzung. (P. § 475.)

§ 66. C. Substitutionen. (P. § 476 — 479.)

a. Vulgarsubstitution.

§ 67. b. Pupillarsubstitution.

§ 68. c. Substitutio tacita.

§ 69. d. Quasipupillarsubstitution.

§ 70. D. Gemeinschaftliche und wechselseitige Testamente.
(P. § 481.)

§ 71. E. Enterbung. (P. § 480.)

§ 72. 4. Aufhebung des Testaments.

a. Durch den Willen des Testators. (P. § 484.)

§ 73. b. Aus andern Gründen. (P. § 483.)

§ 74. 5. Eröffnung und Vollziehung der Testamente. (P. § 482.)

Drittes Kapitel.

Die Notherbfolge.

§ 75.

Uebersicht.

Das natürliche Gesetz der Familienliebe giebt den nächsten Angehörigen eines Testators einen Anspruch auf dessen Fürsorge, welcher ihre Ausschliessung vom Nachlass als pflichtwidrig verbietet, sofern sie sich nicht des verwandtschaftlichen Bandes unwürdig gemacht und dadurch ihr natürliches Anrecht verwirkt haben. Diesen allgemeinen sittlichen Anspruch hat das römische Recht zu einem bestimmten Rechtsanspruch für gewisse Verwandten erhoben und mit der Verletzung desselben die Folge verbunden, dass sie *gegen das Testament* zur Erbfolge berufen werden. In dieser Erbfolge gegen ein Testament besteht die *Notherbfolge*, und die Personen, für die sie eintritt, nennen wir deshalb *Notherben*.

Das vorjustinianeische Recht kannte ein doppeltes System der Notherbfolge: das s. g. *Präteritionssystem* oder das *formelle Notherbenrecht* und das s. g. *Inofficiositätssystem* oder das *materielle Notherbenrecht* oder *Pflichttheilsrecht*.

Das Präteritionssystem fordert vom Testator, dass er seine *liberi* in seinem Testament als Erben instituiert oder sie exherediert; hat er sie präteriert, so werden sie Notherben. Dies System beruht auf Vorschriften, die theils dem *jus civile*, theils dem *jus praetorium* angehören.

Das Inofficiositätssystem legt dem Testator die Pflicht auf, seinen *Descendenten* und *Ascendenten* und, falls er *turpes personae* in seinem Testament instituiert hat, auch seinen *Geschwistern*, soweit ihn diese Verwandten ab intestato beerbt haben würden, einen bestimmten Theil seiner Erbschaft, den s. g. *Pflichttheil*, zu hinterlassen, sofern sie sich dieser Zuwendung nicht unwerth gemacht haben. Durch willkürliche Ausschliessung vom Pflichttheil werden sie Notherben. Dies System hat seinen Ursprung in den Urtheilen des Centumviralgerichts und erhielt seine weitere Ausbildung durch die römischen Juristen.

Hiernach gab es im vorjustinianeischen Recht zwei Classen von Notherben: Notherben *wegen Präterition* und Notherben *wegen Inofficiosität des Testaments*, d. h. wegen liebloser Ausschliessung vom Pflichttheil.

Im Justinianeischen Recht traten in den beiden Systemen der Notherbfolge zunächst blos einzelne Modificationen ein. Sie waren aber von solcher Bedeutung, dass demnächst die Aufhebung des bisherigen Dualismus nicht ausbleiben konnte. Die Nov. 115 führte dieselbe herbei: sie beseitigte das Präteritionssystem und stellte die *liberi*, gleich den andern *Descendenten*, ausschliesslich unter das Inofficiositätssystem. Zugleich gab sie diesem System den *Descendenten* und *Ascendenten* gegenüber durch erhebliche Reformen eine neue Gestalt; für die *Geschwister* liess sie dagegen das alte Pflichttheilsrecht unverändert stehen.

Dies Verhältniss der Nov. 115 zu dem früheren Notherbenrecht ist kein unbestrittenes; unsere Juristen haben die verschiedensten Ansichten darüber aufgestellt. Die richtige Entscheidung setzt Einsicht in den geschichtlichen Entwicklungsgang des Notherbenrechts

voraus. Die Darstellung begreift deshalb: I. das Notherbenrecht vor der Novelle 115 und zwar 1) das Präteritionssystem nach jus civile (§ 76) und nach jus praetorium (§ 77), 2) das Inofficiositätssystem (§ 78—85), 3) die Reformen dieser beiden Systeme durch Justinian (§ 86); II. das Notherbenrecht nach der Nov. 115 (§ 87. 88). Den Schluss bilden: III. die auf singulärer Rechtsvorschrift beruhenden *anormalen Pflichttheilsrechte*: das Pflichttheilsrecht des arrogatus impubes auf die s. g. Quarta Divi Pii (§ 89), und das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe (§ 90).

I. Das Notherbenrecht vor der Novelle 115.

A. Das Präteritionssystem.

§ 76.

1. Jus civile.

Das Recht der XII. Tafeln kannte kein Notherbenrecht. Es enthielt keine Vorschrift, welche die Testirfreiheit des Erblassers beschränkte, weil es bei der ursprünglichen Form des Testaments einer solchen nicht bedurfte, l. 120 D. de V. S. (50. 16). Das *testamentum comitiis calatis conditum* stellte die Familie gegen die Lieblosigkeit des Testators sicher: ein letzter Wille, in welchem er seine nächsten Angehörigen ohne Grund zurücksetzen wollte, erhielt die Bestätigung der Comitien nicht, Gaius, II. 101, 102. Im alten römischen Rechte reichte also die Form des Testamentes zum Schutz der Familie vollständig aus, vgl. *mein* System des heut. röm. Erbr. S. 12 ff.

Als später an die Stelle des Comitientestaments das *mündliche Mancipationstestament* trat, bei dem die Comitien durch fünf Zeugen vertreten wurden, dauerte der bisherige formelle Schutz für die Angehörigen des Testators zwar insofern fort, als auch die Zeugen einem ersichtlich pflichtwidrigen Testament ihr Zeugniß versagten und versagen mussten, wenn sie sich nicht in der öffentlichen Meinung herabsetzen wollten; allein ein Urtheil über die Pflichtmässigkeit des letzten Willens setzte Kenntniss der Familienverhältnisse des Testators voraus. In den Comitien fehlte es niemals an Personen, welche diese Kenntniss hatten; die beim Mancipationstestament fungirenden Zeugen konnten dagegen dem Testator fern

stehende Personen, und gerade deshalb von ihm zum Zeugniß herangezogen sein, weil sie mit seinen Familienverhältnissen unbekannt, daher über die Pflichtwidrigkeit seines letzten Willens zu täuschen waren: er konnte bei der mündlichen Erklärung desselben seine nächsten Familienglieder übergehen und dadurch von der Erbschaft ausschliessen, ohne einen Widerspruch der Zeugen zu erfahren, weil sie von der Existenz dieser Familienglieder überhaupt nichts wussten. Es entstand daher jetzt das Bedürfniss, dem Testator die Möglichkeit, seine nächsten Familienglieder bei der Testamenterrichtung mit Stillschweigen zu übergehen, durch die rechtliche Verpflichtung zu entziehen, ihre Ausschliessung, statt durch stillschweigende Präterition, ausdrücklich vor den Zeugen zu erklären. Den *sui* gegenüber liess sich diese Verpflichtung begründen: in Folge der Vermögensunfähigkeit der Hauskinder war das Vermögen eines *Paterfamilias* ein durch und für seine *sui* miterworbenes und gehörte ihnen deshalb im *sittlichen* Sinne schon bei Lebzeiten des Vaters zu; ihre Erbfolge konnte daher nur als eine *continuatio dominii* betrachtet werden, die ihnen blos die *libera administratio* gewährte, l. 11 D. de lib. et post. hered. (28. 2). Sollte sich der auf diese Weise schon vor dem Tode des *Paterfamilias* an seinem Vermögen begründete Anspruch der *sui* nach demselben nicht fortsetzen, so musste er durch ihre *Exheredation* d. i. durch ihre ausdrückliche Ausschliessung von der Erbschaft aufgehoben werden, vgl. *mein System* S. 55 ff. S. 60 ff. Auf Grund dieser Argumentation der römischen Jurisprudenz entstand das Institut der *Enterbung* und zugleich mit ihr die erste Beschränkung der Testirfreiheit durch folgende Bestimmung:

Der Testator soll seine *sui* und *postumi sui*, also die Personen, welche seine nächsten Intestaterben sein würden, in seinem Testament nicht *präteriren*, sondern entweder *als heredes intituiren*, oder sie *exherediren*. Der *filius suus*, als das künftige Haupt der Familie, muss *nominatim* d. h. mit individueller Bezeichnung seiner Person enterbt werden: *filius meus exheres esto*. Alle übrigen *sui* (Töchter und Enkel) können *inter ceteros* exheredirt werden; es genügt, wenn der Testator seinen Erbeinsetzungen den Satz hinzufügt: *ceteri exheredes sunt*. Hat der Testator durch die Verletzung dieser Vorschriften seine *sui* präterirt, so macht die Präterition eines *filius suus* das Testament nichtig — es tritt also die Intestaterbfolge

ein —, die Präterition anderer sui hebt dagegen das Testament nicht auf, sondern bewirkt nur, dass die präterirten sui den Testamentserben *accresciren* d. h. neben ihnen zur Erbschaft gelangen, als ob sie instituiert wären: sie erhalten, wenn die Testamentserben auch sui des Testators sind, eine *portio virilis*, sind die Testamentserben aber extranei, so bekommen diese die eine Hälfte der Erbschaft, die andere die präterirten sui. Gajus II. 123 ff., Ulpian, frgm. XXII. 20 — 22.

Diese Vorschriften nennt die heutige Doctrin das *Präteritionssystem* oder das *formelle Notherbenrecht* des *jus civile*, weil sie noch keine materielle, sondern bloß eine formelle Beschränkung der Testirfreiheit enthalten. Sie fordern von dem Testator nicht, dass er seine sui im Testament bedenkt, sondern nur dass er ihrer gedenkt. Dieser bloß formelle Schutz genügte, so lange das Mancipationstestament ein mündliches war: wenn die Testamentszeugen nur von der Existenz der sui Kenntniss erhielten, so hatten sie schon ihrer selbst wegen dafür Sorge zu tragen, dass dieselben auf eine angemessene Quote instituiert, und dass sie nicht ohne gerechten Grund exheredirt wurden.

In ein neues Stadium musste aber das Präteritionssystem treten, als das Mancipationstestament ein *schriftliches* wurde. Die letztwilligen Dispositionen des Testators blieben jetzt den Testamentszeugen unbekannt. Von einem Einfluss derselben auf eine pflichtmässige Errichtung des Testaments konnte daher nicht mehr die Rede sein. Der bisherige Schutz der Familie durch die Zeugen musste daher durch andere Mittel ersetzt werden. Diesen Ersatz versuchte man dadurch zu gewähren, dass man für die Exheredation der sui und postumi sui eine Steigerung der Formalitäten eintreten liess. Diese neuen Formen sollten jetzt auf die Gewissenhaftigkeit des Testators denselben moralischen Zwang ausüben, der beim mündlichen Testament durch die Zeugen auf ihn ausgeübt wurde. Zu diesem Zweck wurden folgende Bestimmungen getroffen:

1) *Die Exheredation des suus und postumus suus muss ab omnibus coheredibus und ab omnibus gradibus erfolgen*, z. B.: A soll Erbe sein, der suus X soll exheredirt sein, B soll Erbe sein, der suus X soll exheredirt sein; dem A und B soll C substituiert sein, der suus X soll exheredirt sein u. s. w. Die Einsetzung eines Erben,

bei dem die Exheredation des suus unterbleibt, ist nichtig, weil er diesem Erben gegenüber präterirt wird. l. 3 § 6, l. 8 D. de lib. et post. (28. 2). Diese Form sollte den Testator nöthigen, mit dem suus, welchen er exherediren will, jeden seiner Testamentserben zu vergleichen, um zu prüfen, ob jeder von ihnen demselben vorgezogen zu werden verdient. Beim mündlichen Testament veranlassten ihn die Zeugen zu einer solchen Prüfung, beim schriftlichen sollte diese jene Form bewirken.

2) *Der sub conditione instituirte suus muss ausdrücklich sub conditione contraria exheredirt werden.* Ist dies nicht geschehen, so gilt er als präterirt; nur wenn er unter einer Potestativbedingung zum Erben ernannt ist, bedarf es der Exheredation sub conditione contraria nicht, l. 4 pr. § 2 D. de lib. et post. (28. 2), l. 86 pr. D. eod., l. 1 § 8 D. si quis om. c. test. (29. 4). Diese Vorschrift soll dem Testator die Möglichkeit entziehen, die Exheredation unausgesprochen zu lassen und gleichsam in der Erbeinsetzung zu verbergen, um sein Gewissen über den Inhalt seiner Disposition durch die Form zu beruhigen, in der er sie trifft.

3) *Auch der sub conditione contraria exheredirte suus gilt als präterirt, wenn er die Entscheidung der conditio nicht mehr erlebt,* l. 28 pr. D. de lib. et post. (28. 2). Diese Vorschrift soll den Testator verhindern, einer Enterbung, die er in der That unbedingt gewollt hat, den Schein einer bloß bedingt gewollten zu geben. Wenn er eine Bedingung hinzufügt, über die ihrer Beschaffenheit nach bei Lebzeiten des suus keine Gewissheit mehr eintreten kann, so hat er in der Form die Härte der definitiven Enterbung vermieden, in der Sache aber doch dieselbe bewirkt. Auch diese Möglichkeit, durch die Form seine Verfügung in ein günstigeres Licht zu stellen, entzieht das römische Recht dem Testator, um dadurch auf sein Gewissen zu influiren, vgl. l. 29 § 10 D. de lib. et post. (28. 2).

4) *Der sub conditione exheredirte suus gilt als präterirt, wenn er nicht sub conditione contraria instituit ist.* Wo es an dieser Erbeinsetzung fehlt, hat der Testator den suus auf keinen Fall zur Erbfolge berufen wollen, auch dann nicht, wenn die Bedingung für die Enterbung ausfällt, weil nach altem ius civile eine heredis institutio nicht stillschweigend erfolgen kann. Es kann daher der Enterbung nur um deswillen eine Bedingung hinzugefügt sein, um sie

äusserlich noch als eine ungewisse erscheinen zu lassen. Auch diesen Ausweg, über die Ungerechtigkeit der Disposition durch die Form sein Gewissen zu beschwichtigen, schneidet das römische Recht dem Testator ab, l. 3 § 1 D. de lib. et post. (28. 2), l. 18 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4).

Neben diesen Vorschriften stellte das römische Recht zu Gunsten der Familie des Testators noch den allgemeinen Grundsatz auf: *exheredationes non sunt adjuvandae*, l. 19 D. de lib. et post. (28. 2). Andere letztwillige Dispositionen sind, wo sie Mängel haben, möglichst, der Intention des Erblassers entsprechend, aufrecht zu erhalten, Enterbungen dagegen nicht zu begünstigen. Diesem Grundsatz gemäss ist jede Exheredation nichtig, deren Anordnung mit ihrem Begriff irgendwie in Widerspruch tritt. So namentlich 1) die *exhereditio post aditam hereditatem*, z. B.: der *suus* soll enterbt sein, wenn der instituirte Erbe angetreten hat. Diese Enterbung ist ungültig, weil die Wirksamkeit des Testaments die Exheredation des *suus* voraussetzt, während derselbe hier bis zu dem ohne diese Wirksamkeit unmöglichen Antritt präterirt ist, l. 3 § 2 D. eod., 2) die *exhereditio post mortem exheredati*, l. 13 § 2 D. eod., 3) die *exhereditio ex certa re* oder *ex certa parte*; die Enterbung bezüglich einer bestimmten Sache ist nichtig, während die *heredis institutio ex certa re* aufrecht erhalten wird, l. 19 D. eod.

§ 77.

2. *Jus praetorium*.

Das prätorische Recht gab das Intestaterbrecht in der ersten Classe, der *b. p. unde liberi*, nicht blos den *sui* und *postumi sui*, sondern auch den *emancipati* d. i. den leiblichen Descendenten des Erblassers, welche seine *sui* sein würden, wenn sie nicht emancipirt wären. Bei der gleichen Familienstellung, welche die *emancipati* dadurch mit den *sui* erhalten hatten, forderte die Consequenz, dass der Prätor auch die Vorschriften des formellen Notherbenrechts auf die *emancipati* erstreckte. Es kam deshalb im Edict zu folgender Bestimmung:

Der Erblasser soll seine *liberi* (*sui*, *postumi sui* und *emancipati*) in seinem Testamente nicht präteriren, sondern entweder als Erben instituiren oder exherediren. Auch sollen nach *jus praetorium* alle

männlichen liberi, sui wie emancipati, nominatim exhereditirt werden müssen, nicht blos der filius suus, wie es das jus civile vorschreibt; die exhereditatio inter ceteros soll nur bei den weiblichen liberi zulässig sein. Hat der Testator durch Verletzung dieser Vorschriften seine liberi präterirt, so wird sowohl ihnen als auch den instituirten liberi durch b. p. contra tabulas ihre *Intestatportion* deferirt. Sie werden also *gegen das Testament* zur Intestaterbfolge berufen und können deshalb die ihnen ab intestato zufallende Quote mit der hereditatis petitio intestati verfolgen. Um ihnen dieses Recht zu gewähren, war es nicht nöthig, dass das ganze Testament unterging, wie es nach jus civile bei der Präterition eines filius suus geschah; es genügte, wenn diejenigen Dispositionen aufgehoben wurden, welche den Notherben etwas entzogen: *Erbeinsetzungen*, *Vermächtnisse* und *Freilassungen*. Die im Testament angeordneten *Exheredationen*, *Pupillarsubstitutionen* und *Vormundsernennungen* waren ihnen nicht nachtheilig; sie konnten daher gültig bleiben. Der Prätor bestimmte deshalb, dass sich bloss diese Wirkung mit der bonorum possessio contra tabulas verbinden sollte.

Nach dem prätorischen Edict hatte die Präterition der weiblichen und der männlichen liberi gleiche Wirkung. Diese Bestimmung stand nicht im Einklang mit dem Intestaterbrecht der gegenwärtigen Zeit; hier hatte das männliche Geschlecht immer noch einen Vorzug vor dem weiblichen. Aus diesem Grunde modificirte der Kaiser Antoninus das prätorische Edict durch folgende Vorschrift: präterirte weibliche liberi sollen durch die b. p. c. t. nur den Testamenterben accresciren und vermöge dieses Accrescenzrechts nicht mehr erhalten, als die präterirten suae nach jus civile, Ulpian. fragm. XXVIII. § 2, 4; Gajus II. 124—135; l. 8 § 14 D. de b. p. c. t. (37. 4), l. 13 pr. D. eod., l. 1—3 D. de leg. praest. (37. 5), l. 22, l. 34 § 2 D. de vulg. subst. (28. 6), l. 8 pr. § 11, 12, l. 10 § 3 D. de b. p. c. t. (37. 4).

B. Das Inofficiositätssystem oder das Pflichttheilsrecht.

§ 78.

1. Gründe seiner Entstehung.

Der Versuch, nach der Einführung des schriftlichen Testaments durch eine Steigerung der Exheredationsformalitäten den Schutz zu

ersetzen, welchen bis dahin die mündliche Testamentsform der Familie des Testators gegen Willkür und Lieblosigkeit gewährte, konnte nach der Natur der Sache nur einen unvollkommenen Erfolg haben. Der Schutz durch die Form des Testaments setzt Oeffentlichkeit und Mündlichkeit desselben voraus. Mit der Heimlichkeit des letzten Willens mussten alle auf dieses Ziel gerichteten Formen ihre Kraft versagen; auch die neuen Formen der Enterbung erwiesen sich gegenüber dem Einfluss, welchen Personen auf den Testator ausübten, nothwendig als machtlos. Wenn der Testator, von Andern aufgereizt, entschlossen war, sein Kind zu enterben, l. 3 D. de inoff. test. (5. 2), so konnten ihn beim mündlichen Testament die Vorstellungen der Zeugen leicht zu einer Aenderung seines Willens bestimmen, dagegen war beim schriftlichen Testament nur durch die Formen der Enterbung ein gleiches Resultat nicht wohl zu erreichen. Es entstand daher mit der Schriftlichkeit und Heimlichkeit des Testaments die Anforderung, der Familie des Testators auch einen *materiellen* Schutz zu gewähren. Man musste von dem Testator nicht bloß, wie bisher, fordern, dass er seiner nächsten Familienglieder im Testament *gedenke*, sondern auch dass er sie in angemessener Weise *bedenke*. Und wenn man dabei dem officium pietatis, wie es geboten war, volle Rechnung tragen wollte, so durfte ihm diese Pflicht nicht bloß gegen seine liberi obliegen, die eine Frau überhaupt nicht haben kann, sondern sie musste ihm auch noch gegen andere nahe Angehörige auferlegt werden, vgl. *mein* System des heut. röm. Erbr. S. 104 ff., S. 120 ff. Diese Erwägung führte zu folgendem Grundsatz:

Wer ein Testament macht, soll darin seinen *Descendenten*, seinen *Ascendenten* und, falls er eine persona turpis im Testament instituiert hat, auch seinen *Geschwistern*, soweit ihn diese Verwandten ab intestato beerbt haben würden, einen bestimmten Theil seines Vermögens, die *portio legitima* oder den s. g. *Pflichttheil*, in irgend welcher Form hinterlassen, sofern sie sich nicht dieses Anspruchs unwürdig gemacht haben. Bei ungerechtfertigter Entziehung oder Verkürzung des Pflichttheils sollen sie gegen das Testament, weil es ein testamentum inofficiosum d. i. ein pflichtwidriger letzter Wille ist, zur Intestaterbfolge berufen werden und zur Verfolgung ihres, hier aus einem besonderen Grunde, nämlich ex causa inofficiosi

erworbenen Intestaterbrechts auch eine besondere Klage haben: die *querela inofficiosi testamenti*.

In diesen Vorschriften besteht das s. g. *Inofficiositätssystem* oder das *Pflichttheilsrecht* oder, wie man es auch nennt, das *materielle Notherbenrecht*. Demselben liegt der allgemeine Gedanke zu Grunde, dass ein Testator, der seine nächsten Familienglieder unverdienter Weise gar nicht oder unzureichend bedenkt, zu dieser Kränkung nur durch unwahre Eingebungen im Zorn veranlasst und in blinder Leidenschaft hingerissen sein kann. Er hat deshalb diesen Familiengliedern gegenüber als eine Person gehandelt, die, einem Wahnsinnigen gleich, ihres Willens nicht Herr ist. Daher rechtfertigt es sich, dass seinem Testament jenen Verwandten gegenüber die Wirksamkeit entzogen, und ihnen *gegen* dasselbe zur Genugthuung für die erlittene Kränkung ihre Intestatportion deferirt wird. Auf diese Weise wird in den Quellen die *querela inofficiosi testamenti* für sie begründet, l. 2, l. 5 D. de inoff. testam. (5. 2), l. 6 § 1, l. 17 § 1 D. eod., l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4).

§ 79.

2. Pflichttheilsberechtigte.

Den Anspruch auf den Pflichttheil haben:

1) Die *Descendenten*, soweit sie ab intestato den Erblasser oder die Erblasserin beerbt haben würden. Descendenten, die ab intestato nicht erben würden, wird durch das Testament, welches sie übergeht, nichts entzogen; das officium pietatis fordert deshalb auch nicht, sie darin zu bedenken. Hiernach haben *uneheliche* Descendenten, wie ein Intestaterbrecht, so auch ein Pflichttheilsrecht bloß gegen die Mutter und die mütterlichen Ascendenten, nicht gegen den Vater und die väterlichen Ascendenten, § 2 J. de inoff. test. (2. 18), l. 6 pr. l. 29 § 1 D. h. t. (5. 2). Nur bei den Adoptivkindern ist nicht das Intestaterbrecht, sondern das Kindesverhältniss massgebend: der *minus plene adoptatus* hat ein Pflichttheilsrecht nur gegen den leiblichen Vater, weil er trotz der Adoption keinen anderen Vater bekommt (§ 46), und der *plene adoptatus* hat das Pflichttheilsrecht nur gegen den Adoptivvater, weil er zu diesem allein, so lange das Adoptionsverhältniss dauert, im Kindesverhältniss steht, c. 10 pr. § 1 C. de adopt. (8. 48). Besondere Vorschriften gelten für den

arrogatus impubes; er hat ein *anomales* Pflichttheilsrecht gegen den pater arrogator auf die s. g. Quarta Divi Pii (§ 89).

2) Die *Ascendentes*, soweit sie den Testator ab intestato beerbt haben würden. Dieser Grundsatz gilt auch für das Testament eines Adoptivkindes: gegen den minus plene adoptatus hat nur der leibliche Vater das Pflichttheilsrecht, gegen den plene adoptatus hat es der Adoptivvater und der leibliche Vater. Puchta, Pand. u. Vorl. § 488, spricht hier, so lange das Adoptionsverhältniss dauert, dem leiblichen Vater das Pflichttheilsrecht ab, im Widerspruch mit der Bestimmung der l. 30 pr. D. de inoff. test. (5. 2), die auch im Justinianeischen Recht durch die c. 10 pr. § 1 C. de adopt. (8. 48) keine Aenderung erfahren hat. Von diesem Pflichttheilsrecht kann aber nur bei einem Testament über die bona castrensia und quasi castrensia die Rede sein — denn für sein anderweitiges Vermögen hat ein Filiusfamilias keine Testirfähigkeit —, und auch bei dieser nur, wenn es zu einer Zeit errichtet ist, wo der Testator die militärischen Privilegien nicht mehr hatte; denn auf das testamentum militare findet das Pflichttheilsrecht keine Anwendung, l. 8 § 3. 4 D. de inoff. test. (5. 2), c. 9, 24, 37 C. h. t. (3. 28), Nov. 115 c. 4 pr., Nov. 123 c. 19; vgl. *mein* System des heut. röm. Erbr. S. 122 ff.

3) Die *Geschwister*, mit Ausnahme der uterini, also nur die vollbürtigen und von den halbbürtigen die consanguinei. Hat der Testator solche Geschwister, so muss er ihnen, falls er in seinem Testament eine turpis persona einsetzt, den Pflichttheil hinterlassen, vorausgesetzt, dass sie intestaterbberechtigt und unbefleckten Namens sind. Sind sie auch turpes personae, so haben sie keinen Anspruch auf den Pflichttheil. Das vorjustinianeische Recht macht denselben auch noch von ihrer *agnatischen* Verwandtschaft mit dem Testator abhängig; das Justinianeische Recht hat dies Erforderniss fallen lassen, c. 27, C. de inoff. test. (3. 28), c. 21, ~~27~~ C. eod., l. 1 D. h. t. (5. 2).

Unter diesen Verwandten, welchen allein ein Anspruch auf den Pflichttheil zusteht, findet folgende Rangordnung statt:

1) An erster Stelle haben das Pflichttheilsrecht die intestaterbberechtigten Descendenten. Hat der Testator diesen den Pflichttheil hinterlassen, oder machen sie wegen Entziehung desselben von der querela inofficiosi testamenti mit Erfolg Gebrauch, so sind sowohl die anderweitigen Descendenten wie die Ascendentes und Geschwister

definitiv von dem Pflichttheil ausgeschlossen. Ist dagegen den nächsten Descendenten der Pflichttheil ex justa causa entzogen, so dass ihnen die Querel nicht zusteht, oder sind sie zwar sine causa nicht mit demselben bedacht, verzichten aber auf die Querel, so haben jetzt diejenigen Descendenten den Anspruch auf den Pflichttheil, welche nach der Intestaterbfolgeordnung an zweiter Stelle berufen sein würden. Der Testator muss also, um kein inofficiöses Testament zu machen, den Pflichttheil, den er den vorgehenden Descendenten entzieht, den nachfolgenden hinterlassen, weil er jetzt mit diesen am nächsten verbunden ist, l. 14, l. 31 pr. D. de inoff. test. (5. 2).

2) Existiren solche Descendenten nicht, so sind die intestaterbberechtigten Ascendenten pflichttheilsberechtigt, also unter dem Vorzuge des näheren Grades vor dem entfernteren. Ist den nächsten Ascendenten der Pflichttheil ex justa causa entzogen, oder verzichten sie auf die Querel, so steht jetzt auch hier den Ascendenten des folgenden Grades das Pflichttheilsrecht zu. Nur wenn die Ascendenten des nächsten Grades den Pflichttheil erhalten oder die Querel mit Erfolg angestellt haben, sind die folgenden Grade definitiv ausgeschlossen.

3) Mit den Ascendenten concurriren, wie im Intestaterbrecht, so auch im Pflichttheilsrecht die vollbürtigen Geschwister, sofern die Bedingung für ihren Anspruch auf die portio legitima durch die Einsetzung einer turpis persona eingetreten ist. Ein Irrthum ist es, wenn Puchta, Pand. u. Vorl. § 488, behauptet, dass die Geschwister trotz der Gleichheit des Intestaterbrechts den Ascendenten nachzusetzen seien, weil diesen ein absolutes d. i. unbedingtes, jenen nur ein relatives d. i. bedingtes Pflichttheilsrecht eingeräumt worden sei. Daraus lässt sich kein Vorzug für die Ascendenten herleiten: denn wenn sich die Bedingung erfüllt hat, ist auch das Pflichttheilsrecht der Geschwister ein unbedingtes.

4) Sind auch keine Ascendenten und vollbürtigen Geschwister da, welche den Pflichttheil erhalten oder die Querel mit Erfolg angestellt haben, so sind an letzter Stelle pflichttheilsberechtigt die halbbürtigen consanguinei, wenn eine turpis persona instituiert ist.

Jeder an sich Pflichttheilsberechtigte verliert sein Recht, sobald Personen vorhanden sind, die zwar kein Pflichttheilsrecht aber ein näheres Intestaterbrecht als er haben. Wenn z. B. der Testator

einen minus plene adoptatus und seinen Vater hinterlässt, so würde jener diesen bei der Intestaterbfolge ausschliessen. Daher kann hier dem Vater durch das Testament nichts entzogen werden; es muss deshalb sein Anspruch auf den Pflichttheil gegenüber dem näheren Intestaterben cessiren. Puchta, Pand. u. Vorl. § 488, will die Nähe des Intestaterbrechts nur über den Vorrang unter den Pflichttheilsberechtigten selbst entscheiden lassen und leugnet demgemäss ihre Ausschliessung durch nähere Intestaterben, die kein Pflichttheilsrecht haben. Er übersieht einerseits den für diese Ausschliessung schon angeführten Grund, andererseits dass die querela inofficiosi testamenti eine qualificirte hereditatis petitio intestati ist; aus dieser Natur der Querel ergiebt sich, dass Niemand im Pflichttheil verletzt werden kann, der kein Intestaterbrecht gehabt haben würde.

§ 80.

3. Inhalt des Pflichttheilsrechts.

Den Inhalt des Pflichttheilsrechts bildet der Anspruch auf Zuwendung eines bestimmten Theils vom activen Vermögen des Erblassers nach Abzug der Schulden. Bei demselben kommen daher zwei Punkte in Betracht: *die Art der Zuwendung des Pflichttheils und seine Grösse.*

I. Art der Zuwendung.

1) Die Zuwendung des Pflichttheils kann in beliebiger Form durch jede *unmittelbare* Gabe aus dem Vermögen des Testators, erfolgen, und zwar durch Geschäfte mortis causa, ohne dass das Hinterlassene ausdrücklich als Pflichttheil bezeichnet zu werden braucht, durch Geschäfte inter vivos dagegen, abgesehen von drei bestimmten Ausnahmefällen, nur mit dieser ausdrücklichen Bestimmung, § 6 J. de inoff. test. (2. 18), l. 8 § 6 D. h. t. (5. 2), c. 33 pr. C. h. t. (3. 28). Es wird nämlich in den Pflichttheil eingerechnet: 1) Alles was einem Pflichttheilsberechtigten durch *Erbeinsetzung*, durch *Vermächtniss* oder durch *mortis causa donatio* hinterlassen ist. Dagegen Erbportionen und Vermächtnisse, die er durch *Accrescenz* oder *Substitution* erwirbt, hat er sich nicht in den Pflichttheil einzurechnen, weil er sie nicht durch eine unmittelbare Gabe des Testators, sondern durch das Wegfallen einer andern Person erwirbt, c. 36 pr. i. f. C. de inoff.

test. (3. 28); ebensowenig das conditionis implendae causa datum, weil dies keine Gabe aus dem Vermögen des Testators ist, l. 36, 38 D. de m. c. donat. (39. 6); 2) die *Schenkung unter Lebenden*, welche einem Pflichttheilsberechtigten mit der Bestimmung gegeben ist, dass sie ihm auf seine portio legitima angerechnet werden soll, l. 25 pr. D. de inoff. test. (5. 2), l. 35 § 2 C. h. t. (3. 28); 3) die dos und die donatio propter nuptias, welche ihm der Erblasser als sein Ascendent bestellte, werden ohne diese Bestimmung ipso jure eingerechnet, ebenso die Gabe, welche ihm dieser zum Ankauf einer militia d. i. eines käuflichen Amtes gemacht hat, c. 29, 30 § 2 C. eod. Dieser letzte Fall darf aber nicht, wie es von Puchta, Vorl. § 489, geschieht, ausgedehnt werden auf alles, „was zum Kauf von etwas, wodurch der Sohn versorgt, ihm sein Fortkommen eingerichtet wird, verwendet wurde, z. B. Canonicate, eine Gewerbsgerechtigkeit, ein Landgut“; dieser Ausdehnung steht die c. 20 pr. C. de collat. (6. 20) entgegen, vgl. Arndts, Lehrb. d. Pand. § 594 Anm. 3.

2) Die Zuwendung des Pflichttheils muss *sine gravamine* d. i. frei von jeder Beschwerde geschehen. Es darf ihr also weder ein dies, noch eine conditio, noch ein modus, noch eine sonstige Nebenbestimmung hinzugefügt werden, durch welche der Erwerb des Pflichttheils verzögert, ins Ungewisse gestellt oder verkürzt wird. Ein solches gravamen, namentlich auch die Beschwerung des Pflichttheils mit Vermächtnissen, machte nach vorjustinianeischem Recht die Zuwendung nichtig. Justinian hat bestimmt, dass das gravamen pro non scripto geachtet und damit die Zuwendung aufrecht erhalten werden soll, c. 32 C. de inoff. test. (3. 28). Wo dem Pflichttheilsberechtigten mehr als die portio legitima zugewandt ist, bleibt das Onus auf dem Ueberschuss; wenn z. B. ein Pflichttheilsberechtigter vom Testator zum Erben eingesetzt, der Niessbrauch an der ganzen Erbschaft aber einer andern Person vermacht ist, so kann er sofort die portio legitima frei vom ususfructus in Anspruch nehmen, für die übrige Erbschaft behält aber das Vermächtniss Geltung, Nov. 18 c. 3. Andere Beispiele enthalten: c. 36 § 1 C. de inoff. test. (3. 28), c. 32 C. eod., l. 8 § 11 D. h. t. (5. 2). Hat der Testator mehrere Kinder im Testament eingesetzt und gegenseitige fideicommissarische Substitution des Ueberlebenden angeordnet, so soll hierin nach positiver Vorschrift wegen der Gegenseitigkeit kein gravamen liegen,

also das Onus gültig sein, c. 12 C. de inoff. test. (3. 28). Diese Vorschrift ist auch durch die c. 32 C. eod. von Justinian nicht aufgehoben: denn sie bestimmt nur, dass *Onera*, also Beschwerden, die in jure als solche anerkannt sind, gestrichen werden sollen. Auch wo ein derartiges Onus vorliegt, wird aber die Ungültigkeit beseitigt, wenn der Pflichttheilsberechtigte es freiwillig übernimmt. Um ihn zu dieser Uebernahme zu veranlassen, kann der Testator ihm mehr als den Pflichttheil hinterlassen mit der Bedingung, dass er das plus nur haben solle, wenn er das Onus auf das Ganze sich gefallen lasse. Die Zulässigkeit dieser Anordnung war ursprünglich bestritten. Marianus Socinus der Jüngere († 1556 in Siena) vertheidigte sie in einem ausführlichen Gutachten; nach ihm wird sie deshalb die *cautela Socini* genannt.

II. Grösse des Pflichttheils.

Der Pflichttheil ist eine portio portionis ab intestato und zwar im vorjustinianeischen Recht der vierte Theil derjenigen Portion, welche der Pflichttheilsberechtigte ab intestato von dem Testator erhalten haben würde. Dieser wäre jenem völlig gerecht geworden, wenn er ihn auf seine Intestatportion im Testament eingesetzt, dieselbe aber in Gemässheit der lex Falcidia zu $\frac{3}{4}$ mit Legaten belastet hätte: nur die s. g. Quarta Falcidia musste er ihm nach diesem Gesetze lassen. Deshalb wurde die Grösse des Pflichttheils auf den vierten Theil der Intestatportion nach Abzug der Schulden festgesetzt, § 3 J. de inoff. test. (2. 18), l. 8 § 8, 9 D. h. t. (5. 2), c. 31 C. h. t. (3. 28). Bei zahlreichen Intestaterben erhielt der Pflichttheilsberechtigte nach dieser Berechnung durch seine portio legitima nur einen geringen Antheil am Nachlass. Justinian ordnete deshalb in der Nov. 18 eine Erhöhung des Pflichttheils an: wenn die Intestatportion eines Pflichttheilsberechtigten $\frac{1}{4}$ der Erbschaft oder noch mehr betragen würde, so beträgt sein Pflichttheil $\frac{1}{3}$ von dieser Portion, wenn dagegen seine Intestatportion nur $\frac{1}{5}$ der Erbschaft oder noch weniger betragen würde, so beträgt sein Pflichttheil $\frac{1}{2}$ von dieser Portion. Hiernach bestimmt sich auch der Pflichttheil der *Enkel* lediglich nach der Grösse ihrer Intestatportion, die Zahl der Enkel und der Stämme ist irrelevant. Wenn z. B. Jemand von einem verstorbenen Sohn einen Enkel und von einem andern vier Enkel hinterlässt, so

beträgt die Intestatportion des ersten $\frac{1}{2}$ der Erbschaft, deshalb sein Pflichttheil $\frac{1}{3}$ von dieser Portion; für jeden der übrigen vier Enkel beträgt die Intestatportion $\frac{1}{8}$ der Erbschaft, daher ihr Pflichttheil $\frac{1}{2}$ von dieser Portion.

Für die Berechnung des Pflichttheils bildet die Grundlage der Bestand des Vermögens zur Todeszeit des Testators, c. 6 C. de inoff. test. (3. 28), und die davon dem Pflichttheilsberechtigten zukommende Intestatportion. Bei Feststellung dieser müssen *alle* Personen berücksichtigt werden, die den Erblasser im Moment seines Todes ab intestato beerbt haben würden, auch diejenigen, welche er in seinem Testament exheredirt hat: *exheredatus numerum facit*; ebenso auch die, welche kein Pflichttheilsrecht, aber ein gleiches Intestaterbrecht wie die Pflichttheilsberechtigten haben, z. B. bei Berechnung des Pflichttheils für einen Ascendenten die vollbürtigen Geschwister und Geschwisterkinder. Die Quote der Intestatportion, welche den Pflichttheil ausmacht, ergibt sich dann aus der oben erwähnten Zahl der Theile, in welche die Erbschaft bei der Intestaterbfolge zerfallen würde. Dass der Testator zum Zweck der Hinterlassung des Pflichttheils diese Berechnung selbst vornimmt, ist nicht nöthig. Wo er schlechthin einer Person den Pflichttheil hinterlassen hat, wird nach dieser Berechnung der Betrag desselben ermittelt, und wo er einen Pflichttheilsberechtigten in bestimmter Weise honorirt hat, wird nach ihr bestimmt, ob diese Honorirung den Betrag des Pflichttheils erreicht.

§ 81.

4. *Untergang des Pflichttheilsrechts.*

Der Anspruch auf den Pflichttheil ist kein absoluter; er erlischt aus folgenden Gründen: 1) wenn der Berechtigte durch sein Benehmen sich desselben unwürdig gemacht, und der Testator ihn deshalb in seinem letzten Willen exheredirt oder präterirt hat. Spezielle Gründe, aus welchen allein diese Ausschliessung vom Pflichttheil erfolgen kann, kennt das Recht vor der Nov. 115 nicht; ob eine *justa causa* für dieselbe existirt oder nicht, darüber entscheidet daher im concreten Falle richterliches Ermessen, l. 3, l. 5 D. de inoff. test. (5. 2); 2) wenn der Testator den Pflichttheilsberechtigten *bona mente* d. i. in guter Absicht exheredirt hat, l. 18 D. de lib. et post.

(28. 2), l. 16 § 2 D. de cur. fur. (27. 10), c. 25 C. h. t. (3. 28), l. 12 § 2 D. de bon. lib. (38. 2). Die exheredatio bona mente facta hat zwei Voraussetzungen: die *subjective*, dass der Testator die Ausschliessung nicht in feindseliger Gesinnung und als Strafe für den Betheiligten angeordnet hat, sondern aus Fürsorge, um sein Bestes zu fördern, und die *objective*, dass dieses Ziel auch wirklich erreicht, also die Ausschliessung in Wahrheit für den Pflichttheilsberechtigten vortheilhaft ist. Es muss demnach zuvörderst ein Grund vorhanden und, wenigstens im Allgemeinen, auch angegeben sein, aus welchem die vom Gesetze geforderte Zuwendung des Pflichttheils als bedenklich erscheint; ferner muss die statt dessen getroffene Verfügung dem wahren Interesse des Pflichttheilsberechtigten entsprechen, und endlich muss jedenfalls für seine Alimentation durch den Testator gesorgt sein, weil ohne dies seine wohlmeinende Absicht nicht denkbar ist. So kann z. B. wegen Verschwendungssucht, Ueberschuldung, Blödsinn des Pflichttheilsberechtigten, namentlich wenn er ein Descendent des Testators ist und selbst wieder Kinder hat, denen jener das Vermögen erhalten will, zu diesem Zweck sowohl jede Beschwerung und Beschränkung des Pflichttheils, als auch die vollständige Entziehung desselben gültig angeordnet werden, sofern nur die bona mens gegen den Pflichttheilsberechtigten nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass er ihn ohne Unterhalt gelassen hat. — Manche Juristen wollen ohne inneren Grund die exheredatio bona mente facta nur in den Fällen zulassen, die als Beispiele in den Quellen vorkommen. Es handelt sich aber bei ihr nicht um einzelne Ausnahmefälle, sondern um ein Princip. Francke, Recht der Notherben § 31, hat sogar die Existenz der exheredatio bona mente facta ganz geleugnet; vgl. dagegen Puchta, Pand. u. Vorl. § 490, Sintenis, das prakt. gem. Civilr. § 197, Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 37 S. 396 ff. Endlich cessirt das Pflichttheilsrecht 3) einer Pupillarsubstitution und einem Soldatentestament gegenüber; bei diesen beiden letzten Willen treten die Vorschriften des materiellen wie des formellen Notherbenrechts ausser Anwendung, l. 8 § 5 D. de inoff. test. (5. 2), l. 8 § 3, 4 D. eod.; c. 9, 24, 37 C. h. t. (3. 28), § 6 J. de exhered. liber. (2. 13).

§ 82.

5. Verletzung des Pflichttheilsrechts.

a. Acte und Wirkungen der Verletzung.

Das Pflichttheilsrecht kann verletzt werden im *Testament* und durch *Schenkungen inter vivos*.

I. Im Testament erfolgt seine Verletzung durch lieblose Ausschliessung vom Pflichttheil. Diese Ausschliessung kann ausdrücklich, durch Enterbung, oder stillschweigend, durch Präterition, geschehen. Die *liberi* des Testators müssen enterbt sein, wenn die Vorschriften des Inofficiositätssystems auf sie zur Anwendung kommen sollen: sind sie stillschweigend ausgeschlossen, so werden sie Notherben schon wegen dieser Präterition, gleichviel ob sie eine lieblose ist oder nicht, vgl. § 76 und 77; nur im Fall ihrer Enterbung ist ihr Notherbenrecht durch die Lieblosigkeit derselben bedingt. Bei allen übrigen Pflichttheilsberechtigten ist es irrelevant, ob ihre Ausschliessung durch Exheredation oder durch Präterition bewirkt wird; hier wie dort zieht sie nur, wenn sie eine lieblose ist, die Notherbfolge nach sich. Lieblos ist sie aber, wenn sie unverdient, und wenn sie in feindseliger Absicht geschehen ist, vgl. § 81.

Die lieblose Ausschliessung eines Pflichttheilsberechtigten macht das Testament, weil es mit dem *officium pietatis* in Widerspruch steht, zu einem *testamentum inofficiosum*, durch welches der Ausgeschlossene eine Ehrenkränkung erfährt, die bei seiner Integrität nur auf die Leidenschaftlichkeit des Testators zurückgeführt werden kann. Es rechtfertigt sich deshalb, wenn er wegen Verletzung des Pflichttheilsrechts zu seiner Genugthuung *gegen* das Testament zur Intestaterbfolge und damit zur Notherbfolge berufen wird: denn ihm gegenüber hat der Testator wie ein *furiosus* gehandelt, der seines Willens nicht mächtig war, ihm gegenüber ist es daher auch billig, dass das Testament seine Wirksamkeit verliert, l. 4, l. 5, l. 6 § 1, l. 17 § 1 D. de inoff. test. (5. 2).

Das Intestaterbrecht des ausgeschlossenen Pflichttheilsberechtigten repräsentirt in den Quellen die Klage, durch welche es geschützt ist: die *querela inofficiosi testamenti*. Seine Verfolgung ist durch die definitive Existenz eines inofficiösen Testaments bedingt. Diese

setzt zweierlei voraus: 1) dass das Testament nicht schon aus einem anderen Grunde anfechtbar ist; wenn dem Pflichttheilsberechtigten ein anderer Weg zur Erbschaft offen steht, darf dem Verstorbenen der Vorwurf eines pflichtwidrigen letzten Willens nicht gemacht werden, § 2 J. de inoff. (2. 18), l. 28 D. h. t. (5. 2), c. 4 pr. C. de lib. praet. (6. 28); 2) dass das Testament durch den Antritt des instituirten Erben in Wirksamkeit getreten ist, l. 8 § 10 D. h. t. (5. 2). Zögert er mit der Antrittserklärung, so wird ihm auf den Antrag des Pflichttheilsberechtigten eine Deliberationsfrist von sechs oder von zwölf Monaten gesetzt, je nachdem er anwesend oder abwesend ist; lässt er diese ohne Erklärung ablaufen, so wird er als Antretender behandelt, c. 36 § 2 de inoff. test. (3. 28).

Das unter diesen Voraussetzungen ex causa inofficiosi testamenti erworbene Intestaterbrecht hat im Allgemeinen dieselbe Natur wie jedes andere Erbrecht. Es giebt dem Pflichttheilsberechtigten die alternative Befugniß, die deferirte Intestatportion anzutreten oder zu repudiiren. Antritt und Repudiation können sowohl stillschweigend wie ausdrücklich erklärt werden; eine stillschweigende Repudiation liegt namentlich in der Anerkennung des inofficiösen Testaments, z. B. durch Annahme dessen, was der Testamentserbe conditionis implendae causa an den Pflichttheilsberechtigten zu leisten hat, l. 8 § 10, l. 12 § 1, l. 17 pr. D. de inoff. test. (5. 2). Repudiation und Tod des Pflichttheilsberechtigten als Delat bewirken den Untergang seines Intestaterbrechts. Sind neben ihm noch andere ausgeschlossene Pflichttheilsberechtigte gegen das Testament zur Intestaterbfolge berufen, so fällt seine Portion diesen durch *Accrescenz* zu. Und sind die sämtlichen gleichzeitig berufenen Pflichttheilsberechtigten durch Repudiation oder durch Tod vor dem Antritt weggefallen, so werden durch eine *successive neue Delation* die nun nächsten Pflichttheilsberechtigten zur Intestaterbfolge gegen das Testament berufen, l. 23 § 2, l. 31 pr. D. h. t. (5. 2); es tritt also wie bei der gewöhnlichen Intestaterbfolge *successio ordinum et graduum* ein, vgl. oben § 79. Damit die dem Pflichttheilsberechtigten deferirte Intestaterbschaft auf seine Erben transmittirt wird, muss er sie durch den Antritt acquirirt haben, l. 6 § 2 D. h. t. (5. 2). Ist der Pflichttheilsberechtigte ein *heres suus*, so kann die Transmission zwar nicht von dem Antritt abhängig sein, sie kann

aber auch nicht ohne Weiteres erfolgen, weil es sich hier um ein Intestaterbrecht handelt, welches erworben ist zur Genugthuung für eine Kränkung, die gegen den Willen desjenigen, dem sie zugefügt ist, nicht verfolgt werden darf, l. 8 pr. D. h. t. (5. 2). Sie setzt deshalb eine Erklärung des pflichttheilsberechtigten suus voraus, aus welcher sich die Absicht, sein Intestaterbrecht geltend zu machen, ergibt, z. B. die Drohung, die querela inofficiosi testamenti anstellen zu wollen, oder irgend welche anderweitige „*Präparation*“ der Klage durch Wort oder That, l. 6 § 2 D. h. t. (5. 2). Eine derartige Präparation enthält auch den zum Antritt der Erbschaft erforderlichen Willen; sie wurde deshalb auch für ausreichend erachtet, um die Transmission auf die Erben eines pflichttheilsberechtigten heres voluntarius zu bewirken, l. 7 D. eod. Nach Justinian's Bestimmung transmittiren Kinder, die vom Pflichttheil ausgeschlossen sind, ihr deshalb erworbenes Intestaterbrecht *auf ihre Descendenten* selbst ohne Präparation, wenn sie vor dem Antritt der Testaments-erben, also zu einer Zeit gestorben sind, wo die Anstellung der Querel unmöglich war, c. 36 § 2 C. h. t. (3. 28).

Dieselben Wirkungen wie die Ausschliessung vom Pflichttheil hatte im vorjustinianeischen Rechte auch die bloß unvollständige Hinterlassung desselben, sofern der Testator nicht seine eventuelle Ergänzung angeordnet hatte, § 6 J. h. t. (2. 18), l. 25 pr. D. h. t. (5. 2). Es konnte daher ein blosses Versehen in der Berechnung des Pflichttheils die Notherbfolge herbeiführen, während sie doch nur wegen Inofficiosität des Testators eintreten sollte. Justinian bestimmte deshalb: die unvollständige Hinterlassung des Pflichttheils soll der gänzlichen Ausschliessung von demselben nur noch in dem Falle gleichstehen, wenn der Testator ausdrücklich bemerkt hat, dass der Pflichttheilsberechtigte nicht mehr zu erhalten verdiene. Eine Schmälerung des Pflichttheils ohne diese Bemerkung soll dagegen als nicht beabsichtigt betrachtet, und daher die Frage, ob sie eine verdiente ist oder nicht, gar nicht erörtert werden, vielmehr der Berechtigte ohne Weiteres den Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils erwerben, wie wenn der Testator dieselbe eventuell angeordnet hätte, c. 30 pr. § 1, c. 36 pr. C. h. t. (3. 28). Dieser Anspruch hat die Natur eines *gesetzlichen Vermächtnisses*: der an der portio legitima fehlende Betrag wird dem Pflichttheilsberechtigten wie ein

Vermächtniss deferirt. Wie bei andern Vermächtnissen erfolgt diese Delation schon mit dem Tode des Testators und vererbt sich auf die Erben des Pflichttheilsberechtigten ohne Präparation, weil sie nicht *ex causa inofficiosi* eintritt, c. 34 C. h. t. Agnition und Repudiation sind auch hier erst möglich, wenn der Testamentserbe angetreten hat, und können natürlich auch hier ausdrücklich oder stillschweigend erklärt werden; in der Anerkennung des Testaments durch Annahme des darin Hinterlassenen liegt aber hier keine stillschweigende Repudiation, weil hier kein Anspruch *gegen* den Willen des Testators verfolgt wird, c. 35 § 2 C. h. t. Die Delation bewirkt auch hier noch keinen *Vermögenserwerb*, aber mit der Agnition erwirbt der Pflichttheilsberechtigte eine *Forderung* gegen die Testamentserben, aus welcher er mit der s. g. *actio suppletoria* auf Ergänzung des Pflichttheils klagen kann.

Mit der Verletzung des Pflichttheilsrechts im Testament verbinden sich also je nach der Art und Weise, in welcher dieselbe erfolgt, verschiedene Wirkungen: 1) bei gänzlicher Ausschliessung vom Pflichttheil durch Enterbung oder durch Präterition, und bei theilweiser Ausschliessung unter der ausdrücklichen Bemerkung, dass er nicht mehr zu erhalten verdiene, wird der Pflichttheilsberechtigte, sofern die Ausschliessung eine lieblose ist, zur Intestaterbfolge berufen und hat zur Verfolgung seines Intestaterbrechts die *querela inofficiosi testamenti* (§ 83); 2) bei der theilweisen Ausschliessung ohne weitere Motivirung erwirbt der Pflichttheilsberechtigte ein gesetzliches Vermächtnissrecht auf Ergänzung der *portio legitima* und hat zum Schutz desselben die s. g. *actio suppletoria* oder *actio ad supplementum legitimae* (§ 84). Dieser Klage bedarf er aber nur, wenn schon der ihm zugewendete Betrag selbst den Pflichttheil nicht erreicht; wo dieser an sich hinterlassen, aber durch Vermächtnisse oder sonstige Onera wieder verkürzt oder beschwert ist, fällt die Minderung des Pflichttheils *ipso jure* weg, weil die *gravamina pro non adiectis* gelten, vgl. § 80 sub I. 2.

II. Durch eine *donatio inter vivos* oder durch Bestellung einer *Dos* wird das Pflichttheilsrecht verletzt, wenn diese Zuwendungen für sich allein oder in Zusammenrechnung mit früheren, falls sie *mortis causa* gemacht wären, die *portio legitima* verkürzt haben würden. Schenkungen dieser Art sind, wenn die Verkürzung eine unverdiente

ist, ebenso inofficiös wie ein Testament, welches den Pflichttheil schmälert. Die Inofficiosität macht auch sie anfechtbar; dem Pflichttheilsberechtigten steht das Recht zu, sie zu widerrufen, soweit es zur Ergänzung seines Pflichttheils nöthig ist, vorausgesetzt dass er nicht auf anderem Wege, ohne dem Erblasser den Vorwurf der Lieblosigkeit zu machen, dieses Ziel erreichen kann. Dieses Recht hat ebenfalls die Natur eines gesetzlichen Vermächtnissrechts, bei welchem der Beschenkte die Stelle des Onerirten vertritt: der an dem Pflichttheil fehlende Betrag wird mit dem Tode des Erblassers dem Pflichttheilsberechtigten deferirt. Die Delation ist aber hier, weil sie ex causa inofficiosi erfolgt, unvererblich. Erst wenn der Pflichttheilsberechtigte den Willen, sein Recht geltend zu machen, an den Tag gelegt und damit das Vermächtniss agnoscirt hat, erwirbt er eine vererbliche Forderung gegen den Beschenkten, aus welcher er mit der s. g. querela inofficiosae donationis seu dotis (§ 85) auf Rückgabe der Schenkung bis zum Betrage des Pflichttheils klagen kann, c. 1—9 C. de inoff. don. (3. 29), c. un. C. de inoff. dot. (3. 30), Fragm. Vat. § 281. Da bei der querela inofficiosi testamenti und bei der actio suppletoria der Pflichttheil vom Vermögen zur Todeszeit des Erblassers berechnet wird, so gewährten diese Klagen keinen Schutz gegen seine Verkürzung durch Schenkungen unter Lebenden; es wurde deshalb für diesen Fall ein besonderes, aber nach Analogie der querela inofficiosi testamenti zu beurtheilendes Rechtsmittel eingeführt.

Die Delation des Vermächtnisses, zu dessen Verfolgung die querela inofficiosae donationis seu dotis dient, tritt ein, der Erblasser mag mit oder ohne Testament verstorben sein, weil eine pflichtwidrige Schenkung nicht durch ein Testament des Schenkers bedingt ist, c. 3 C. de inoff. don. (3. 29). Sie setzt aber voraus, dass die Schenkung auch bei seinem Tode noch eine pflichtwidrige ist. Es gehören deshalb zur Existenz einer donatio inofficiosa drei Erfordernisse:

1) *Die Schenkung muss den Pflichttheil verletzen im Moment, wo sie gemacht wird.* Wenn dem Pflichttheilsberechtigten trotz der Schenkung seine portio legitima verbleiben würde, falls sie zu dieser Zeit von dem Vermögen des Schenkers zu berechnen wäre, so ist die Schenkung keine inofficiöse und deshalb unanfechtbar, mag sich auch später beim Tode des Schenkers der Pflichttheil niedriger stellen,

als er sich zur Zeit der Schenkung gestellt haben würde: denn diese Minderung des Pflichttheils hat nicht in der Schenkung ihren Grund. Es besitzt z. B. Jemand, der einen einzigen pflichttheilsberechtigten Sohn hat, ein Vermögen von 6000 Gulden und verschenkt davon 4000; diese Schenkung ist keine pflichtwidrige, weil sie dem Sohne in dem Rest von 2000 Gulden noch den $\frac{1}{3}$ seiner Intestatportion betragenden Pflichttheil belässt.

2) *Die Schenkung muss den Pflichttheil auch beim Tode des Schenkers noch verletzen*, d. h. das, was der Pflichttheilsberechtigte jetzt erhält, muss weniger betragen, als der Pflichttheil betragen hätte, wenn er von dem Bestande des Vermögens vor der Schenkung berechnet würde, Nov. 92 c. 1. Ist die durch die Schenkung bewirkte Verletzung des Pflichttheils durch nachherige Erwerbungen wieder ausgeglichen, so hört damit ihre Inofficiosität, also auch ihre Anfechtbarkeit auf. Um zu ermitteln, ob eine solche Ausgleichung Statt gefunden hat, muss der Werth der Schenkung und der Werth des Vermögens zur Todeszeit des Schenkers zusammengerechnet und von dem Gesamtwerthe der Betrag des Pflichttheils festgestellt werden. Kommt das, was dem Pflichttheilsberechtigten beim Tode des Schenkers zufällt, diesem Betrage gleich, so ist er im letzten Resultat durch die Schenkung in seiner portio legitima nicht verkürzt worden. Wer z. B. von 6000 Gulden Vermögen 5000 verschenkt, während er ein pflichttheilsberechtigtes Kind hat, schmälert dadurch dessen Pflichttheil um 1000. Erwirbt er bis zu seinem Tode bloß diese 1000 wieder, so ist die Schenkung immer noch eine inofficiöse, weil ohne sie das Kind auf den Pflichttheil von 7000 Gulden Anspruch gehabt hätte, also auf $2333\frac{1}{3}$ Gulden; es kann daher auf Rescission der Schenkung im Betrage von $333\frac{1}{3}$ Gulden klagen. Wenn dagegen der Schenker statt 1000 noch 3000 Gulden später erwirbt, so wird damit die frühere Verletzung des Pflichttheils ausgeglichen: denn das Kind erbt jetzt 4000 Gulden, während der von 9000 Gulden zu berechnende Pflichttheil nur 3000 Gulden beträgt.

3) *Der Pflichttheilsberechtigte darf den Anspruch auf den Pflichttheil durch sein Benehmen gegen den Erblasser nicht verwirkt haben*, c. 9 C. de inoff. test. (3. 29), Nov. 92 c. 1 § 1.

Manche Juristen, z. B. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. 36 S. 74 ff., stellen für die Existenz einer inofficiösen Schenkung

noch ein viertes Requisit auf: die böswillige Absicht des Schenkers, den Pflichttheil zu schmälern. Die Stellen, auf welche man sich stützt, l. 87 § 3 D. de legat. (31) und Fragm. Vat. § 270, sprechen von einer solchen Absicht nur, weil sie im Zweifel vorausgesetzt werden muss, sie machen ihre Existenz nicht zu einer Bedingung für die Pflichtwidrigkeit der Schenkung; diese kann lediglich von ihrem Resultat abhängig sein, weil, wer so unüberlegt schenkt, dass er die Verkürzung der Pflichttheilsberechtigten nicht voraussieht, auch pflichtwidrig handelt. Die c. 2 C. de inoff. test. (3. 29) bestätigt dies; nach ihr ist die querela inofficiosae donationis auch dann begründet, wenn der Schenker fern von aller Arglist nur im Drang zur Freigebigkeit das Mass überschritten hat: *si pater omne patrimonium suum impetu quodam immensae liberalitatis in filium effudit.*

Bestritten ist auch, ob die inofficiöse Schenkung auf den Intestaterbtheil des Pflichttheilsberechtigten oder bloß auf seine portio legitima rescindirt wird, vgl. Breidenbach, Arch. für civ. Pr. XXVII. 14, XXVIII. 2. Ursprünglich trat nach Analogie des testamentum inofficiosum die Rescission auf den Intestaterbtheil ein, l. 87 § 3 D. de legat. (31). Das spätere römische Recht beschränkte aber die Rescission auf den zur Ergänzung des Pflichttheils erforderlichen Betrag nach Analogie des bei Legataren eintretenden Abzugs der Falcidischen Quart, Fragm. Vat. § 281, c. 2 C. h. t. (3. 29), c. 7, 8 C. eod., Nov. 91. c. 1 pr. Diese Reform wurde wahrscheinlich durch die Erwägung veranlasst, dass Liberalitäten auf den Todesfall in der That nur den Erben aufgebürdet werden, während bei Schenkungen unter Lebenden zunächst der Schenker selbst die Folgen seiner Freigebigkeit trägt. Darin liegt an sich ein ausreichender Schutz gegen die Gefahr übermässiger Schenkungen, vgl. v. Keller, Pandectenvorl. S. 979. Das römische Recht wollte deshalb principiell das Recht der freien Veräußerung unter Lebenden überhaupt nicht beschränkt wissen, l. 2 D. si a par. quis manum. (37. 12). Wo dies Princip Ausnahmen erleiden musste, gebot es doch immer noch, dieselben nur in den engsten Grenzen zuzulassen: eine pflichtwidrige Schenkung durfte deshalb bloß bis zum Betrage des Pflichttheils rescissibel sein. Vgl. *mein System des röm. Erbrechts* S. 130 ff.

Die Praxis hat bisweilen auch die Anfechtung *oneroser* Veräußerungen, die in fraudem der Pflichttheilsberechtigten gemacht sind, durch actio quasi Faviana und Calvisiana für zulässig erklärt, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 134 ff. Sie setzt sich dadurch mit dem Grundsatz in Widerspruch, nach welchem singuläre Rechtsvorschriften nicht analog auf andere Fälle ausgedehnt werden dürfen. Wenn das römische Recht ursprünglich dem Patron und dem parens manumissor, später auch dem arrogatus impubes (§ 89) und der armen Wittwe (§ 90) die Befugniss gab, *alle* Geschäfte, welche ihren Pflichttheil verkürzen, durch die actio Faviana und Calvisiana anzufechten, so führte es damit für diese Personen eine besondere Ausnahme von dem Principe ein, nach welchem Veräußerungen unter Lebenden keiner Beschränkung unterliegen sollen. Bei allen sonstigen Pflichttheilsberechtigten hat es die Ausnahme bloß auf die Anfechtung inofficiöser Schenkungen erstreckt, aber selbstverständlich auch im Fall der Simulation, wenn unter dem Schein eines andern Geschäfts die Schenkung erfolgt ist. Es soll dem Erblasser nur die Möglichkeit entzogen sein, Liberalitäten, die, mortis causa gemacht, für seine Erben die querela inofficiosi testamenti begründen würden, durch eine donatio inter vivos zu bewirken, um dadurch die Querel auszuschliessen, c. 1, c. 8 pr. C. de inoff. test. (3. 29). In dieser Weise ist er aber allen Pflichttheilsberechtigten gegenüber beschränkt. Manche Juristen, z. B. Puchta, Pand. u. Vorl. § 491, wollen das Recht, eine pflichtwidrige Schenkung anzufechten, nur den Descendenten und Ascendenten einräumen; die Geschwister sollen es nicht haben, weil ihr Notherbenrecht angeblich nur gegen eine turpis persona *instituta*, nicht auch gegen einen turpis persona *donata* geht. Sie schreiben damit dem römischen Recht in der That folgende Bestimmung zu: eine Zuwendung an eine turpis persona, die, wenn der Erblasser sie auf den Todesfall machte, seine Geschwister zur Anstellung der querela inofficiosi testamenti berechtigen würde, ist unanfechtbar, wenn er sie in fraudem querelae schon inter vivos macht, oder auch, während sie in Wahrheit erst auf den Todesfall gewollt ist, nur so in eine donatio inter vivos einkleidet, dass der Beweis der Simulation nicht geführt werden kann. Ein solches Mittel, die Geschwister um ihr Pflichttheilsrecht zu bringen, hat das römische Recht dem Erblasser nicht an die Hand gegeben. Es

hat nirgends bestimmt, dass die Geschwister nur gegen eine turpis persona instituta ein Notherbenrecht haben sollen. Die herrschende Doctrin giebt ihnen deshalb auch wegen inofficiöser Schenkungen an turpes personae die querela inofficiosae donationis, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 55.

§ 83.

b. Rechtsmittel.

a) Querela inofficiosi testamenti.

Diese Klage wird veranlasst durch die gänzliche Ausschliessung vom Pflichttheil und auch durch die theilweise Entziehung desselben, wenn diese mit der Bemerkung des Testators erfolgt ist, dass der Berechtigte nicht mehr zu erhalten verdient. Das Recht, aus welchem mit der Querel geklagt wird, also die causa petendi für sie, ist in beiden Fällen das ex causa inofficiosi erworbene Intestaterbrecht, c. 34, c. 35 § 2 C. de inoff. test. (3. 28), l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4); vgl. § 82 sub I. S. 55. Der Kläger muss daher diesen Grund der Klage beweisen. Dazu gehört der Nachweis, dass er nach der bestehenden Ordnung (§ 79) pflichttheilsberechtigt ist, und dass er sich gegen den Erblasser gut betragen hat, dieser daher durch Nicht-hinterlassung der portio legitima lieblos gegen ihn handelte, l. 3. 5. D. de inoff. test. (5. 2). Klagen die Geschwister des Testators, so müssen sie auch noch beweisen, dass der Testamentserbe eine turpis persona ist, c. 27 C. h. t. (3. 28).

Die Beklagten für die Querel sind die Testamentserben, nachdem sie die Erbschaft angetreten haben, l. 8 § 10 D. h. t. (5. 2). Sind unter ihnen Notherben, die nur auf ihren Pflichttheil eingesetzt sind, so muss die Klage ausschliesslich gegen die instituirten extranei gerichtet werden, l. 19 D. eod. Klagen Geschwister, so können nur die instituirten turpes personae mit Erfolg in Anspruch genommen werden, l. 24 D. eod., § 1 J. h. t. (2. 18). Besitzen die Testamentserben die Erbschaft nicht mehr, so sind diejenigen Personen, welche dieselbe an ihrer Stelle erhalten haben, die Beklagten: der Universalfideicommissar, der Ereptor &c., c. 1. 10 C. h. t. (3. 28). Besitzt der Pflichttheilsberechtigte selbst die Erbschaft, so kann er mit der Querel überhaupt nicht auftreten, sondern sein Intestaterb-

recht nur durch *exceptio* gegen die *hereditatis petitio* der Testamentserben geltend machen, l. 8 § 13 D. h. t. (5. 2).

Beweist der Beklagte einen rechtmässigen Grund für die Ausschliessung des Klägers, so wird damit der von diesem geführte Beweis seines guten Betragens gegen den Erblasser entkräftet und die Querel elidirt. Und wenn Geschwister des Testators klagen, gilt auch der Gegenbeweis, dass sie selbst *turpes personae* sind, c. 28 C. h. t. (3. 28).

Den Gegenstand der Querel bildet die Intestatportion des Klägers, die ihm *gegen* das Testament deferirt ist, l. 19 D. h. t. (5. 2), l. 8 § 8 D. eod. Bis zum Betrage derselben wird, wenn der Kläger siegt, das Testament *ipso jure rescindirt*, l. 8 § 16 D. eod., c. 13, c. 22 C. h. t. (3. 28). Seine gänzliche Rescission setzt daher voraus, dass der Testator *alle* pflichttheilsberechtigten Intestaterben lieblos von der *portio legitima* ausgeschlossen hat; mit ihr gilt der Antritt der Testamentserben als nicht geschehen, der letzte Wille ist mit seinem ganzen Inhalt hinfällig, nicht bloß die Erbeinsetzungen, auch die Vermächtnisse, Pupillarsubstitutionen &c. gehen unter, was auch durch die Codicillarclausel nicht abgewendet wird, l. 21 § 2, l. 26 D. h. t. (5. 2), l. 13 D. eod. Eine bloß theilweise Rescission des Testaments, bei der die untheilbaren Verfügungen des Testators ganz gültig bleiben, insbesondere auch die von ihm angeordnete Pupillarsubstitution, bewirkt die Querel, wenn sich das Intestaterbrecht des Klägers nicht auf die ganze Erbschaft erstreckt, weil andere pflichttheilsberechtignte Intestaterben im Testament eingesetzt sind, l. 8 § 5, l. 16 pr., l. 19 D. h. t. (5. 2), oder wenn der Kläger nicht gegen alle Testamentserben siegt, oder wenn er willkürlich nicht gegen alle klagt, l. 15 § 2, l. 25 § 1 D. h. t. (5. 2), c. 13 C. h. t. (3. 28). In diesen Fällen wird der Erblasser *pro parte testatus* und in Folge der Querel *pro parte intestatus* beerbt, ohne Widerspruch mit der Regel: *Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Vgl. § 4.

Das Urtheil über die Inofficiosität des Testaments begründet einen Rechtssatz: es ist nicht bloß Wahrheit für den Gegner, mit dem der Process geführt ist, sondern für Alle (*jus facit inter omnes*); nur wenn es in *contumaciam* des Beklagten ergeht, hat es gegen Andere keine Wirksamkeit, l. 17 § 1 D. h. t. (5. 2). Es gilt daher,

falls durch das Urtheil das ganze Testament rescindirt wird, der Erblasser als intestatus verstorben. Deshalb kommt die Rescission, wo der Sieger im Processe in der That kein Intestaterbrecht gegen den Erblasser hatte, den nächsten Intestaterben zu Gute: sie können die Erbschaft mit der hereditatis petitio intestati an sich ziehen, l. 6 § 1 D. h. t. (5. 2). Hat dagegen Jemand, der nicht der nächste Intestaterbe ist, blos eine theilweise Rescission des Testaments durch die Querel herbeigeführt, so kann ihm der rescindirte Erbtheil durch die näheren Intestaterben nicht entzogen werden, weil das pro parte stehen gebliebene Testament diese von der Erbfolge ausschliesst, l. 25 § 1 D. h. t. (5. 2).

Wegen der über die Parteien hinausgehenden Wirkung des Urtheils können auch die im Testament bedachten Vermächtnissnehmer gegen dasselbe Appellation einlegen, l. 29 pr. D. h. t. (5. 2), l. 14 pr. § 1 D. de appellat. (49. 1).

Die querela inofficiosi testamenti ist ihrer Natur nach eine hereditatis petitio intestati, die nur das Eigenthümliche hat, dass das Intestaterbrecht, zu dessen Verfolgung sie dient, nicht durch gesetzliche Berufung, sondern durch die Inofficiosität eines Testaments begründet wird, l. 20 pr. D. de b. p. c. t. (37. 4), c. 34 C. de inoff. test. (3. 28). Sie involvirt deshalb eine Anfechtung des Andenkens eines Verstorbenen und verjährt demgemäss nach Analogie der Klagen über den Status eines defunctus schon in fünf Jahren seit dem Antritt des Testamentserben, l. 8 § 17, l. 9 D. h. t. (5. 2), c. 36 § 2 C. h. t. (3. 28); vgl. l. 2 pr. D. ne de statu def. (40. 15). Aus diesem Grunde zieht auch der Verlust des Processes für den Kläger die Indignität nach sich; das ihm Hinterlassene kann ihm vom Fiscus entrissen werden, l. 8 § 14 D. h. t. (5. 2).

§ 84.
β) Actio suppletoria.

Die Veranlassung dieser Klage ist die unvollständige Hinterlassung des Pflichttheils, wenn der Testator die Ergänzung desselben weder angeordnet, noch durch die Bemerkung, dass der Pflichttheilsberechtigte nicht mehr zu erhalten verdiene, verboten hat. Den Klagegrund bildet ein nach dem muthmasslichen Willen des Erblassers deferirtes Vermächtniss auf den an der portio legitima fehlenden Be-

trag; vgl. § 82 sub I. S. 57. Der Kläger hat deshalb nicht sein gutes Benehmen gegen den Erblasser, sondern nur zu beweisen, dass er pflichttheilsberechtigt ist, und, wenn er zu den Geschwistern des Erblassers gehört, dass *turpes personae* im Testament eingesetzt sind. Die Beklagten sind die Testamentserben, eventuell die Universal-fideicommissare, an welche die Erbschaft restituirt ist; instituirte Pflichttheilsberechtigte können aber nur in Anspruch genommen werden, wenn der Testator ihnen mehr als ihre *portio legitima* zugewandt hat. Gegenstand der Klage ist der Betrag, welcher an dem Pflichttheil fehlt; diesen müssen die verklagten Erben nach Verhältniss ihrer Erbtheile leisten, § 3 J. de inoff. test. (2. 18), c. 30 pr., c. 36 pr. C. h. t. (3. 28), Nov. 115 c. 5 pr. Die Klage verjährt erst in dreissig Jahren, nicht in fünf Jahren, wie die *querela inofficiosi testamenti*, weil sie sich nicht in der Lieblosigkeit, sondern in dem präsumirten Willen des Erblassers gründet. Manche Juristen haben auch bei ihr eine fünfjährige Verjährungsfrist angenommen unter Berufung auf c. 34 C. h. t. (3. 28). Diese Stelle handelt von der Transmission der Querel auf die Kinder. Der Satz: *tunc etenim — competebat*, welcher von der Ergänzung des Pflichttheils spricht, ist als Parenthese eingeschoben. Die Schlussworte, in denen von der fünfjährigen Verjährung die Rede ist, beziehen sich daher auf die Querel, nicht auf die *actio suppletoria*.

Puchta, Pand. u. Vorl. § 489, stellt die Behauptung auf, dieselbe Klage, welche der Pflichttheilsberechtigte wegen des ihm ausdrücklich Hinterlassenen habe, erstrecke sich auch auf die gesetzliche Ergänzung des Pflichttheils: je nachdem er als Erbe oder als Vermächtnissnehmer bedacht worden sei, stehe ihm die *hereditatis petitio* oder die *actio personalis ex testamento* als s. g. *actio suppletoria* zu, eine besondere Ergänzungsklage gebe es nicht. Diese Ansicht ist zu verwerfen. Die vom Testator ausdrücklich angeordnete eventuelle Ergänzung des Pflichttheils enthält ein den Testamentserben auferlegtes Vermächtniss, aus welchem für den Pflichttheilsberechtigten eine *actio personalis ex testamento* entspringt. Wo nach Rechtsvorschrift die Ergänzung als vom Testator angeordnet fingirt wird, muss es sich nothwendig eben so verhalten. Nur wenn der Pflichttheilsberechtigte Miterbe ist, kann er die Ergänzung auch mit der *actio familiae herciscundae* fordern, weil sie unter die *praestationes per-*

sonales fällt; die hereditatis petitio ist aber auf sie nicht anwendbar. Vgl. Arndts im Rechtslex. VIII. S. 138.

§ 85.

γ) Querela inofficiosae donationis seu dotis.

Diese Klage wird veranlasst durch Schenkungen unter Lebenden oder durch Bestellung einer Dos, welche eine Verkürzung des Pflichttheils bewirken. Der Grund der Klage ist ein ex causa inofficiosi deferirtes Vermächtniss auf den an der portio legitima fehlenden Betrag; vgl. § 82 sub II. S. 58. Diese causa petendi muss der Kläger beweisen. Dazu gehört der Nachweis, dass er nach der bestehenden Ordnung (§ 79) pflichttheilsberechtigt ist, dass er sich gegen den Erblasser gut betragen hat, und inwieweit deshalb liebloser Weise der Pflichttheil durch die donatio geschmälert ist. Klagen die Geschwister des Erblassers, so müssen sie auch beweisen, dass der Beschenkte eine turpis persona ist. Der Beklagte ist der Beschenkte oder dessen Erbe und, im Fall einer pflichtwidrigen Dos, der Ehemann, dem sie bestellt ist, oder nach Auflösung der Ehe der Rückempfänger. Der Beklagte kann die Klage zurückweisen, wenn er einen Grund anzugeben vermag, aus welchem der Kläger den Anspruch auf den Pflichttheil verwirkt hat, und, falls Geschwister klagen, auch durch den Nachweis, dass sie selbst turpes personae sind. Den Gegenstand der Querel bildet der Betrag, um welchen der Pflichttheil in Folge der Schenkung oder der Bestellung der Dos gemindert ist. Bis zu diesem Betrage werden deshalb, wenn der Kläger siegt, die Schenkung oder die Dos rescindirt. Die Klage verjährt in fünf Jahren von dem Tode des Erblassers, weil sie wie die querela inofficiosi testamenti eine Anfechtung seines Andenkens enthält, c. 5. 7. 8. 9. C. de inoff. donat. (3. 29), c. un. C. de inoff. dot. (3. 30).

C. Justinian's Reformen des Präteritions- und des Inofficiositätssystems.

§ 86.

Actio suppletoria. Gleichstellung der liberi. Erhöhung des Pflichttheils.

Die Reformen Justinian's beginnen mit einer Vorschrift, welche beide Systeme des Notherbenrechts berührt.

Nach dem Inofficiositätssystem, wie es Justinian vorfand, war die *querela inofficiosi testamenti* nicht nur bei gänzlicher Entziehung, sondern auch bei unvollständiger Hinterlassung des Pflichttheils begründet, sofern der Testator nicht seine eventuelle Ergänzung ausdrücklich angeordnet hatte. Es konnte daher, obwohl der Erblasser Willens war, den Pflichten der Familienliebe nachzukommen, in Folge einer blossen Ungenauigkeit in der Berechnung des Pflichttheils die Rescission seines letzten Willens durch die Querel herbeigeführt werden. Das stand in Widerspruch mit dem Zweck der Querel, nach welchem sie nur für eine lieblose Kränkung Genugthuung gewähren sollte. In dieser Beziehung war deshalb eine Aenderung des Inofficiositätssystems geboten.

Ebenso fühlbar musste ein Mangel des Präteritionssystems werden. Nach demselben war ein Testament ungültig, in welchem der Erblasser seine männlichen *liberi* nicht entweder als Erben instituiert oder *exheredit* hatte: bei der Präterition eines *filius suus* war es nichtig (§ 76 S. 41 a. E.), bei Uebergehung anderer männlicher *liberi* gingen wenigstens die Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Freilassungen unter (§ 77). Der Testator konnte daher die *liberi*, z. B. durch Vermächtniss, mit dem Pflichttheil bedacht, also dem *officium pietatis* gegen sie genügt haben, sein letzter Wille aber demungeachtet ungültig sein, weil er die Exheredation der *liberi* versäumt und sie dadurch präterirt hatte. Das liess sich in der That nicht rechtfertigen, da sie *sine iusta causa exheredit* werden durften.

Justinian beseitigte diese beiden Mängel des geltenden Rechtes durch folgende Bestimmung: das Testament soll nicht mehr ungültig werden, weder wegen Inofficiosität noch wegen Präterition, wenn der Erblasser seine Pflichttheilsberechtigten in irgend einer Weise bedacht, ihnen aber, ohne dies durch den Vorwurf der *ingratitude* zu motiviren, die *portio legitima* nicht vollständig zugewandt hat; hier soll die etwaige Präterition unschädlich sein und angenommen werden, dass der Testator diese Schmälerung nicht wollte, deshalb den Pflichttheilsberechtigten nur ein Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils gegen die Testamentserben zustehen, wie wenn der Erblasser die eventuelle Ergänzung angeordnet hätte, c. 30 pr. § 1, c. 31, c. 36 pr. C. de inoff. testam. (3. 28). Nach einer späteren Vorschrift Justinian's tritt diese Willensinterpretation auch da

ein, wo der Pflichttheil an sich vollständig hinterlassen, aber durch Gravamina wieder verkürzt ist: auch hier soll diese Verkürzung als nicht gewollt betrachtet und demgemäss das hinzugefügte Gravamen pro non adjecto gelten, c. 32 C. eod.

Hiernach hatten die beiden Systeme des Notherbenrechts folgende Abänderungen erfahren: 1) nach dem *Inofficiositätssystem* ist die querela inofficiosi testamenti nur noch begründet, bei gänzlicher Ausschliessung vom Pflichttheil, und bei theilweiser Entziehung desselben unter dem Vorwurf der ingratitude; bei unvollständiger Hinterlassung des Pflichttheils ohne diesen Vorwurf, hat der Pflichttheilsberechtigte nur die s. g. actio suppletoria auf Ergänzung (§ 82 S. 57, § 83, § 84). Und wo durch Gravamina eine Verkürzung des Pflichttheils bewirkt ist, gelten diese pro non adiectis (§ 80 sub 2); 2) im *Präteritionssystem* ist die Regel, nach welcher männliche liberi als Erben instituiert oder nominatim exheredit werden mussten, wenn nicht die Nichtigkeit des Testaments beziehungsweise die bonorum possessio contra tabulas eintreten sollte, dahin umgewandelt: sie müssen *irgendwie bedacht* oder nominatim exheredit sein, wenn das Testament gültig sein soll. Ein späteres Gesetz Justinian's erlässt auch für die Exheredation den Gebrauch der verba civilia; sie soll in beliebigen Worten angeordnet werden können, c. 3 C. de lib. praet. vel exhered. (6. 28). Dass sie wörtlich ab omnibus cohæredibus und ab omnibus gradibus erfolgt, wie es das alte Recht forderte (§ 76 sub 1), ist schon nach einer Constitution des Kaisers Antoninus nicht mehr nöthig; es genügt, dass darauf ersichtlich die Absicht des Testators gerichtet ist, c. 1 C. eod.

Auf das Notherbenrecht der weiblichen liberi übte die neue Bestimmung Justinian's keinen Einfluss, weil deren Präterition das Testament überhaupt nicht ungültig machte, sondern nur bewirkte, dass sie den instituirten Erben accrescirten und zwar, je nachdem dies auch liberi oder extranei waren, in virilem oder in dimidiam partem (§ 76. § 77). Da der ursprüngliche Grund, aus welchem das weibliche Geschlecht gegen das männliche im Erbrecht zurückgesetzt wurde, gegenwärtig nicht mehr existirte, so musste sich alsbald auch die Anforderung geltend machen, die weiblichen liberi den männlichen gleich zu stellen, zumal es für jene in der That nachtheiliger war, wenn der Testator sie im Widerspruch mit dem formellen Noth-

erbenrecht präterirte, als wenn er sie in Uebereinstimmung mit demselben exheredirte. Im Fall der Exheredation erhielten sie bei liebloser Ausschliessung vom Pflichttheil entweder mit der querela inofficiosi testamenti ihre volle Intestatportion, oder wenigstens mit der actio suppletoria den vierten Theil derselben frei von allen Lasten; im Fall der Präterition konnte ihnen auf Grund des Accrescenzrechts bei weitem weniger zufallen: denn wenn die Testamentserben extranei waren, erhielten sie nur die Hälfte ihres Intestaterbtheils und mussten zu $\frac{3}{4}$ desselben noch für die Vermächtnisse haften. Justinian bestimmte deshalb, dass das Präteritionssystem, wie es für die männlichen liberi Geltung hatte, auch auf die weiblichen liberi zur Anwendung kommen solle: auch sie müssen also jetzt entweder irgendwie bedacht oder nominatim exheredirt werden, und auch bei ihnen zieht jetzt die Präterition einer filia sua die Nichtigkeit des Testaments, die Präterition anderer weiblicher liberi die bonorum possessio contra tabulas auf ihre Intestatportion an Stelle des Accrescenzrechts nach sich, c. 4 pr. § 1 2 C. de liber. pract. vel exher. (6. 28).

Die Stellung der weiblichen liberi im Präteritionssystem war hiernach durch Justinian's Reformen eine bessere geworden, sonst hatte sich aber mit ihnen die Lage der Notherben wesentlich verschlechtert. Einen Anspruch auf ihre Intestatportion erwarben sie jetzt nur noch in zwei Fällen: bei gänzlicher Ausschliessung von der Erbschaft und bei theilweiser Entziehung des Pflichttheils unter dem Vorwurf der ingratitude. Jede anderweitige Verletzung des formellen und des materiellen Notherbenrechts begründete für sie nur noch einen Anspruch auf Ergänzung des Pflichttheils. Und dieser gewährte ihnen bei seiner gegenwärtigen Grösse einen um so kleineren Antheil an der Erbschaft, je grösser die Zahl der Erben war, welche den Testator ab intestato beerbt haben würden. Justinian suchte deshalb die Einbusse, welche die Notherben erlitten hatten, durch eine Erhöhung des Pflichttheils auszugleichen. In der Nov. 18 bestimmte er: der Pflichttheil soll $\frac{1}{3}$ resp. $\frac{1}{2}$ der Intestatportion betragen, je nachdem der Nachlass bei der Intestaterbfolge höchstens in vier oder aber in mehr als vier Theile auseinander gehen würde (§ 80 sub II).

Die bisherigen Neuerungen hatten nur den Zweck, einzelne Mängel des bestehenden Notherbenrechts, die besonders hervortraten,

zu beseitigen, auf die Grundlagen desselben, auf den Dualismus des Präteritions- und des Inofficiositätssystems, sollten sie nicht influiren. Nichtsdestoweniger hatten sie diese Wirkung: mit den Vorschriften über die *actio suppletoria* war unbewusst zugleich der Anfang zum Untergang des Präteritionssystems gemacht. Sein Fundament hatte dieses System bereits verloren mit der Vermögensfähigkeit der Hauskinder, c. 6 pr. § 1 C. de bon. quae lib. (6. 61), da es zu seiner Begründung ein Vermögen voraussetzte, welches den *sui* des Erblassers als ein von ihnen miterworbenes im sittlichen Sinne schon bei Lebzeiten desselben gehörte und an dem sie deshalb einen Anspruch hatten, der sich nach seinem Tode entweder im Wege der Erbfolge fortsetzen oder ihnen durch ihre Exheredation entzogen werden musste, vgl. § 76 S. 41. Sein hiernach nothwendiges Zerfallen begann mit der Einführung der *actio suppletoria*; mit ihr wurde das Präteritionssystem in der That auf den Boden des Inofficiositätssystems versetzt. Wenn der Testator jetzt seine *liberi* nicht mehr wie ursprünglich entweder als Erben instituiren oder sie exherediren musste, sondern sie nur irgendwie zu bedenken oder zu enterben hatte, so handelte es sich auch bei ihnen nicht mehr um Belassung oder Beseitigung eines schon vorhandenen Anspruchs, sondern wie bei andern Descendenten um Einräumung oder Nichteinräumung von Rechten, die das *officium pietatis* für sie forderte. Für die dennoch festgehaltene Ungleichheit zwischen den *liberi* und den sonstigen Descendenten fehlte es daher an jedem Grunde.

Justinian konnte demnach bei der auf dem Gebiete des Präteritionssystems getroffenen Reform nicht stehen bleiben. Sobald ihre Bedeutung erkannt war, musste das Präteritionssystem ganz aufgehoben, und auf alle Descendenten mit Einschluss der *liberi* nur das Inofficiositätssystem zur Anwendung gebracht werden. Zugleich waren aber auch in diesem Systeme, wenn es allen Anforderungen des *officium pietatis* genügen, und andererseits doch auch die Ansprüche der Pflichttheilsberechtigten auf ein gerechtes Mass eingeschränkt sein sollten, neben den schon erfolgten noch weitere Aenderungen vorzunehmen und zwar in folgenden Beziehungen:

1) *In Beziehung auf die Form, in welcher die Pflichttheilsberechtigten im Testament zu bedenken sind.* Für die Geschwister des Testators muss es, da sie nur ein bedingtes Pflichttheilsrecht

haben, genügend erscheinen, wenn ihnen, wo die Bedingung eintritt, durch irgend welche Verfügung der Pflichttheil zugewandt wird. Bei den Descendenten und Ascendenten fordert dagegen die Liebespflicht mehr als die blosse Zuwendung des Pflichttheils. Wenn der Testator ihnen nicht die Ehre der *Erbeinsetzung* erweist, so entzieht er ihnen im Testament diejenige Stelle, die ihnen nach ihrem Familienverhältnisse zukommt, und die ihnen deshalb trotz anderweitiger Hinterlassung des Pflichttheils ohne Kränkung nicht entzogen werden kann. Nach dem gegenwärtigen Rechte hatte kein Pflichttheilsberechtigter einen Anspruch auf Erbeinsetzung, vgl. Nov. 115 c. 5 pr.; es entsprach daher bezüglich der Descendenten und Ascendenten dem officium pietatis nicht. Sollte diesem Genüge geschehen, so musste ihnen neben dem Recht auf den Pflichttheil auch das Recht auf Erbeinsetzung eingeräumt werden.

2) *In Beziehung auf die Gründe, aus welchen die Pflichttheilsberechtigten von der Erbschaft ausgeschlossen werden können.* Für die Geschwister des Testators ist die Ausschliessung vom Nachlass an sich keine Kränkung. Sie wird dies erst, wenn ihnen eine turpis persona im Testament vorgezogen ist, während sie selbst kein Makel trifft. Sind sie selbst nicht besser als der instituirte Erbe, so lässt sich auch für sie kein Anspruch auf den Pflichttheil begründen. Jede turpitude muss daher ihre Ausschliessung rechtfertigen. Der Stellung der Geschwister entsprach es deshalb, wenn das geltende Recht keine bestimmten Gründe kannte, aus welchen diese Ausschliessung allein erfolgen durfte, sondern die Entscheidung über die Existenz eines solchen Grundes im concreten Fall dem richterlichen Ermessen überliess (§ 81 sub 1). Ein anderes Verhältniss tritt bei den Descendenten und Ascendenten ein. Es gibt nur wenige Gründe, welche die Liebespflicht der Eltern gegen die Kinder und der Kinder gegen die Eltern aufheben können. Wenn demungeachtet auch bei ihnen der Richter nach seinem Arbitrium entscheidet, ob für ihre Ausschliessung von der Erbschaft eine iusta causa vorliegt, so verbindet sich damit die Gefahr, dass bald in der That ungenügende Gründe für genügend erachtet, bald wirklich genügende als ungenügend verworfen werden, weil das subjective Gerechtigkeitsgefühl des Richters im concreten Fall leicht unbewusst durch unberechtigte Einflüsse bestimmt werden kann, vgl. Nov. 115 c. 3 pr. Es mussten deshalb

für die Descendenten und Ascendenten gesetzliche Enterbungsgründe eingeführt werden. Zugleich war dem Testator unter dem Präjudiz der Inofficiosität des Testaments die Verpflichtung aufzulegen, wenn er sie nicht als Erben einsetzen und ihnen den Pflichttheil entziehen wollte, dies durch die Angabe eines Enterbungsgrundes zu motiviren. Da eine solche Zurücksetzung der Rechtfertigung bedarf, so muss sich der Testator zu dieser auch in seinem Gewissen aufgefordert fühlen. Giebt er dennoch keinen Grund dafür an, so muss angenommen werden, dass er keinen anzugeben vermochte, seine Disposition also aus Lieblosigkeit hervorgegangen war.

3) *In Beziehung auf die Beweislast des Klägers bei der querela inofficiosi testamenti.* Da den Geschwistern des Testators die Querel nur unter der doppelten Bedingung zusteht, dass im Testament turpes personae instituit, und dass sie selbst besser sind, als diese, so ist es durchaus angemessen, wenn sie, wie es das geltende Recht forderte, neben der turpitude des Beklagten auch ihre eigene Integrität beweisen müssen (§ 83). Den Descendenten und Ascendenten dagegen, denen das Recht auf Erbeinsetzung und auf den Pflichttheil ohne Rücksicht auf die Persönlichkeit der Testamentserben zukommt, und denen dieses Recht nur unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes entzogen werden darf, kann der Beweis der eigenen Würdigkeit und damit der Unwahrheit des Enterbungsgrundes nicht auferlegt werden, ohne dem Testator ihre lieblose Enterbung zu ermöglichen: denn der für sie angeführte Grund lässt sich in der Weise erdichten, dass seine Unwahrheit nicht zu beweisen ist, vgl. Nov. 115 c. 3 § 14 i. f. Sollte diese Möglichkeit ausgeschlossen sein, so musste bestimmt werden, dass der Testamentserbe den Beweis des Enterbungsgrundes zu führen habe.

4) *In Beziehung auf die Wirkungen der querela inofficiosi testamenti.* Das Testament, gegen welches die Geschwister des Testators mit der Querel auftreten, ist ein pflichtwidriges wegen der unwürdigen Wahl der Erben. Diese giebt dem ganzen Testament einen unsittlichen Charakter, der es deshalb rechtfertigt, wenn dasselbe auch in seinem ganzen Umfange durch die Querel aufgehoben wird. Bei Descendenten und Ascendenten ist die Inofficiosität des Testaments nicht durch schon an sich unsittliche Dispositionen bedingt, sie kann allein darauf beruhen, dass der Testator ihnen den Pflichttheil vor-

enthalten hat, während übrigens den Inhalt seines letzten Willens kein Vorwurf trifft. Aus diesem Grunde fordert hier eine billige Rücksicht auf den Erblasser und auf die von ihm bedachten Personen, das Testament der Querel gegenüber soweit aufrecht zu erhalten, als dies die Genugthuung zulässt, welche die gekränkten Notherben für sich beanspruchen können. Nach der Erhöhung des Pflichttheils durch Nov. 18 wurde ihnen diese immer noch in genügender Weise zu Theil, wenn sie durch die Querel wie Intestaterben zur Erbfolge gelangten und mindestens ihre portio legitima aus dem Nachlass erhielten. Es war deshalb eine Vorschrift nöthig, welche die Rescission des Testaments bei Anstellung der Querel durch Descendenten oder Ascendenten des Testators dahin einschränkte, dass nur noch die Erbeinsetzungen aufgehoben werden, alle übrigen Dispositionen aber, soweit sie den Pflichttheil nicht verletzen, ihre Geltung behalten. — Vgl. *mein System* S. 149 ff.

Die hiernach gebotene Umgestaltung des Notherbenrechts, die Aufhebung des Präteritionssystems und die Modification des Inofficiositätssystems für die Descendenten und Ascendenten in den aufgeführten Punkten, hat Justinian durch die Nov. 115 bewirkt; für die Geschwister hat er dagegen dem bisherigen Inofficiositätssystem seine unveränderte Geltung gelassen. Nach dem neuesten römischen Recht giebt es also zwei Klassen von Notherben, von denen jede ihr eigenes Recht hat: die eine bilden die Descendenten und Ascendenten, die andere die Geschwister.

II. Das Notherbenrecht nach der Novelle 115.

§ 87.

1. Das Recht der Descendenten und der Ascendenten.

Nach der Novelle 115 sollen Ascendenten ihren pflichttheilsberechtigten Descendenten und Descendenten ihren pflichttheilsberechtigten Ascendenten nicht blos die portio legitima hinterlassen, sondern ihnen auch die Ehre der Erbeinsetzung erweisen; sie dürfen diese Personen nicht präteriren und nicht exherediren, sie müssten denn dafür im Testament einen der in der Novelle aufgestellten Enterbungsgründe angeben, dessen Wahrheit der instituirte Erbe beweisen kann. Sind diese Vorschriften nicht beobachtet, so können die dadurch

verletzten Descendenten oder Ascendenten mit der querela inofficiosi testamenti die Rescission der Erbeinsetzungen und ihre Intestaterbfolge herbeiführen, die übrigen Dispositionen des Testaments bleiben aber auch ihnen gegenüber gültig, soweit sie ihren Pflichttheil nicht verkürzen, Nov. 115. c. 3 pr. § 14, c. 4 pr. § 9.

Hieraus ergibt sich:

I. *Die berechtigten Personen* im Notherbenrecht der Novelle 115 sind: die Descendenten und die Ascendenten, welche den Anspruch auf den Pflichttheil haben, mag dieser Anspruch ihnen schon zur Zeit der Testamenterrichtung zustehen, oder mag er erst nach derselben für sie als postumi begründet sein, weil inzwischen Mittelspersonen weggefallen oder dem Testator noch Descendenten geboren sind. Wer unter den Descendenten und Ascendenten das Pflichttheilsrecht hat, darüber entscheiden auch jetzt noch die Grundsätze des bisherigen Rechts, vgl. oben § 79.

II. *Der Inhalt des Rechts*, welches die Nov. 115 den Descendenten und Ascendenten gewährt, besteht in einem doppelten Anspruch: in dem Anspruch auf den Pflichttheil und zugleich in dem Anspruch auf Erbeinsetzung. Hinsichtlich des ersten Anspruchs haben die früheren Vorschriften über die *Art der Zuwendung* und über die *Grösse* des Pflichttheils ihre Geltung behalten, vgl. § 80. Der zweite Anspruch fordert 1) eine Erbeinsetzung, welche die Requisite der Gültigkeit hat und 2) eine zur Todeszeit des Testators *unbedingte* Erbeinsetzung. Sie darf daher nicht eine Erbeinsetzung auf Nichts sein, oder auf Etwas, was dem Eingesetzten schon gehört, während eine heredis institutio ex certa re genügt (§ 63); und ihre Existenz darf beim Tode des Testators nicht mehr suspendirt sein, ausgenommen durch eine reine Potestativbedingung, sonst, also namentlich auch, wenn er als Vulgarsubstitut eingesetzt ist, gilt der Notherbe präterirt. Dies ergibt sich aus dem Begriff der Präterition, nach altem Recht (§ 76 S. 43), den die Novelle 115 nicht abgeändert hat. Auf wie viel der Notherbe instituiert wird, ist irrelevant, weil ihm nicht nothwendig der ganze Pflichttheil durch Erbeinsetzung hinterlassen werden muss.

III. *Der Untergang des Rechts* aus der Nov. 115 tritt aus folgenden drei Gründen ein: 1) wenn der Erblasser den Notherben im Testament unter Angabe eines gesetzlichen Enterbungsgrundes

von der Erbschaft ausgeschlossen hat, und der Testamentserbe die Wahrheit des angeführten Grundes beweisen kann; hat der Testator mehrere Enterbungsgründe angegeben, so genügt der Beweis des einen oder andern, es kann aber der Beweis des angegebenen nicht ersetzt werden durch den Beweis eines nicht angegebenen, Nov. 115 c. 3 § 14, c. 4 § 8. Die Enterbung kann in beliebiger Fassung geschehen und braucht nicht wörtlich ab omnibus coheredibus et gradibus zu erfolgen (§ 86 S. 69). Mit der Nov. 115 haben überhaupt alle Exheredationsformalitäten des alten Präteritionssystems ihre Geltung verloren: für ihren Zweck, den Testator von der ungerechten Enterbung seiner liberi zurückzuhalten, war jetzt durch die vorgeschriebene Anführung eines gesetzlichen Enterbungsgrundes gesorgt. Es ist auch die exhereditio post aditam hereditatem, post mortem exhereditati und ex certa parte nicht mehr wichtig, sobald ihr ein Enterbungsgrund hinzugefügt ist; und unter dieser Voraussetzung kann auch die bloß bedingte Exheredation ohne Einsetzung sub conditione contraria und ebenso die bloß bedingte Einsetzung ohne Exheredation sub conditione contraria nicht mehr einer Präterition gleichgestellt werden: denn der Notherbe, welcher ganz und unbedingt ausgeschlossen werden durfte, kann sich nicht über Lieblosigkeit des Testators beklagen, wenn dies nur zum Theil oder bedingt geschehen ist. In der bloß bedingten Exheredation liegt auch dann keine Präterition, wenn die conditio ausfällt, weil sie zugleich eine eventuelle Erbeinsetzung enthält, da für diese nach Justinianischem Recht eine bestimmte Form nicht mehr erforderlich ist, vgl. § 63. Eine bedingte Enterbung ist auch in der Weise möglich, dass der Enterbungsgrund selbst bedingungsweise ausgesprochen wird, d. h. ein Notherbe kann auch unter der conditio, dass er eine gewisse Handlung, die ein Enterbungsgrund ist, vorgenommen habe oder vornehmen werde, exhereditirt werden; die Exheredation tritt hier in Kraft, wenn sich die Bedingung bis zum Tode des Testators erfüllt hat. — Für die Descendenten hat die Nov. 115 vierzehn, für die Ascendenten acht Enterbungsgründe aufgestellt — vgl. Puchta, Pand. § 492 —, mit der Bestimmung, dass nur sie allein sollen angeführt werden können, Nov. 115 c. 3 pr. Dies ist aber nicht so zu verstehen, als ob keine Enterbungsursache Geltung habe, die nicht wörtlich in der Novelle enthalten sei, sondern nur so, dass nach dem Princip der gesetzlichen

Gründe in concreto die Gültigkeit einer Enterbungsursache zu beurtheilen ist. Sie lassen also eine analoge Anwendung zu. Nach der entgegengesetzten Ansicht würden schwerere Vergehen als die im Gesetz angegebenen für ungenügende Enterbungsgründe erachtet werden müssen, vgl. Puchta, Vorl. § 493. Die Novelle bezeichnet die Enterbungsgründe als *causae ingratitudinis* und fasst sie demgemäss sämmtlich als Vergehen gegen den Testator auf, auch die, welche nicht unmittelbar gegen ihn gerichtet sind. Sie können deshalb nur bei Personen Platz greifen, denen diese Vergehen zu imputiren sind, also z. B. nicht bei *infantes* und *furiosi*; und sie müssen ferner wie Injurien durch Verzeihung aufgehoben werden, aber nur durch eine wirkliche Verzeihung, in der sich der Verzicht auf künftige Bestrafung ausspricht. Eine solche liegt z. B. nicht vor, wenn der Erblasser sich nach der Testamentserrichtung mit dem Enterbten zwar äusserlich ausgesöhnt, demungeachtet aber das Testament, obwohl er dies konnte, nicht aufgehoben hat: denn dieser Umstand beweist, dass die Verzeihung keine ernstlich gemeinte war. — Die Ausschliessung im Testament unter Angabe eines beweisbaren Enterbungsgrundes ist ein Erforderniss für den Untergang der beiden Ansprüche, welche das Recht aus der Nov. 115 begreift, nicht blos des Rechts auf Erbeinsetzung, sondern auch des Rechts auf den Pflichttheil, weil jenes durch dieses bedingt ist. Nach früherem Rechte ging das Pflichttheilsrecht schon unter, wenn der Testator den Berechtigten präterirt oder ohne Angabe eines Grundes exheredirt hatte, sofern dafür irgendwelche nach richterlichem Ermessen genügende causa nachgewiesen werden konnte. Diesen Endigungsgrund hat die Nov. 115 für das Pflichttheilsrecht der Descendenten und Ascendenten aufgehoben. Die sonstigen Vorschriften über den Untergang desselben hat sie dagegen stehen lassen. Es giebt deshalb noch einen zweiten und dritten Grund aus welchem das Recht aus der Nov. 115 erlischt, nämlich: 2) wenn der Notherbe bona mente exheredirt ist. Diese Enterbung ist gültig, wenn es auch an den sub 1 angegebenen Erfordernissen fehlt, sobald nur die früher ausgeführten Voraussetzungen der *exhereditio bona mente facta* existiren; 3) gegenüber einem Soldatentestament und gegenüber einem Pupillartestament, vgl. § 81.

IV. *Die Verletzung des Rechts* aus der Novelle 115 kann im Testament erfolgen oder durch *Schenkungen inter vivos*.

1. Im Testament ist a) das *Recht auf Erbeinsetzung* verletzt, wenn der Notherbe *präterirt* ist. Die Präterition liegt vor, wenn der Testator den Notherben weder instituiert noch exhereditiert hat, oder wenn er zwar instituiert, seine Erbeinsetzung aber ungültig oder ohne Hinzufügung eines beweisbaren Enterbungsgrundes sub conditione erfolgt ist, oder endlich wenn er zwar exhereditiert ist, aber ohne jede oder doch ohne Angabe eines gesetzlichen beweisbaren Grundes. Die Hinterlassung der portio legitima durch Vermächtniss etc. hebt die Folgen der Präterition nicht auf, Nov. 115 c. 3 pr., c. 4 pr.; b) das *Recht auf den Pflichttheil* wird implicite durch die Präterition verletzt, wenn in Folge derselben dem Notherben die portio legitima gar nicht oder doch nicht vollständig hinterlassen ist, ferner wenn der Notherbe instituiert aber im Pflichttheil verkürzt ist entweder überhaupt ohne Angabe oder unter Angabe eines ungültigen oder nicht beweisbaren Enterbungsgrundes.

Die Verletzung des *Rechts auf Erbeinsetzung* macht das Testament zu einem *inofficiösen* und zwar, abgesehen von einzelnen Modificationen, mit den Wirkungen der Inofficiosität nach älterem Recht (§ 82 sub I). Dem Notherben wird also *gegen* das Testament sein Intestaterbrecht deferiert und zur Verfolgung desselben steht ihm die querela inofficiosi testamenti zu. Von dieser Klage gelten auch jetzt noch die früher (§ 83) dargestellten Grundsätze mit zwei Abweichungen: a) der Notherbe hat nicht mehr sein gutes Betragen gegen den Testator, sondern der verklagte Testamentserbe hat die Wahrheit des angeführten Enterbungsgrundes zu beweisen, b) die Querel bewirkt nur noch die Rescission der Erbeinsetzungen des Testaments, alle übrigen Dispositionen desselben, wie Vermächtnisse, Enterbungen, Vormundsernennungen und Pupillarsubstitutionen, bleiben gültig, soweit sie den Pflichttheil der Notherben nicht verletzen, Nov. 115 c. 3 § 14, c. 4 § 9. Da der Notherbe durch die Querel sein Intestaterbrecht verfolgt, so kann sie bald gänzliche, bald bloß theilweise Rescission der Erbeinsetzungen zur Folge haben, je nachdem Kinder oder Eltern des Testators mit ihr auftreten. Kinder müssen instituirte extranei ganz verdrängen und allein ab intestato zu gleichen Theilen die Erbschaft erhalten. Bei den Eltern dagegen,

neben denen als Intestaterben noch vollbürtige Geschwister oder Geschwisterkinder berufen sein können, ist aus diesem Grunde eine bloß theilweise Rescission der Erbeinsetzungen möglich. In dieser Verschiedenheit hat die verschiedene Ausdrucksweise ihren Grund, durch welche in der Novelle die Erbfolge der Notherben bei Descendenten und bei Ascendenten bestimmt ist, Nov. 115 c. 3 § 14 i. f., c. 4 § 9.

Gleiche Wirkungen hat auch die Verletzung *des Rechts auf den Pflichttheil*, nicht bloß wo sie eine Folge der Präterition ist, sondern auch wenn der Testator den Notherben eingesetzt, aber unter Angabe eines ungültigen oder unbeweisbaren Enterbungsgrundes im Pflichttheil verkürzt hat. Auch hier steht dem Notherben die querela inofficiosi testamenti zu. Bei unvollständiger Hinterlassung des Pflichttheils ohne Angabe eines Enterbungsgrundes hat dagegen der Notherbe nur die actio suppletoria auf Ergänzung desselben nach den Grundsätzen des älteren Rechts (§ 84), und zwar nach ausdrücklicher Vorschrift der Novelle auch dann, wenn der Testator erklärt hat, dass der Notherbe sich mit gewissen ihm zugewandten Sachen begnügen solle, also ersichtlich die Ergänzung des Pflichttheils nicht wollte, Nov. 115 c. 5 pr. Diese Anordnung involvirt keine Kränkung für den Notherben, weil der Testator sie nicht durch Anführung eines Enterbungsgrundes motivirt hat; deshalb rechtfertigt sich hier seine Beschränkung auf die actio suppletoria, während statt ihrer die Querel begründet ist, wenn für die Verkürzung des Pflichttheils ein Enterbungsgrund angeführt ist. Wo an und für sich der Pflichttheil hinterlassen, aber durch Gravamina wieder geschmälert ist, bedarf es der actio suppletoria nicht, weil diese Gravamina pro non adjectis gelten, sofern nicht ein gültiger Enterbungsgrund hinzugefügt ist. Ein solcher schliesst natürlich sowohl die ipso iure eintretende Ergänzung des Pflichttheils wie die actio suppletoria aus.

Ist der Notherbe instituiert und durch Anordnung von Vermächtnissen etc. zugleich in der Quarta Falcidia und im Pflichttheil verkürzt, so müsste er consequenter Weise auch nur die Ergänzung desselben, also nur das fordern können, was der Pflichttheil mehr als die Quart beträgt, nicht aber als Erbe die Quart und ausserdem als Notherbe noch den ganzen Pflichttheil: denn die Quart ist sein Erbtheil, kein Notherbe kann aber neben diesem auch noch den

Pflichttheil beanspruchen. Es gab aber von Alters her Juristen, welche hier den doppelten Abzug gestatteten; diese unrichtige Ansicht hat durch das canonische Recht die gesetzliche Bestätigung erhalten, cap. 16 (Raynutius), cap. 18 (Raynaldus) X. de testam. (3. 26).

2. Durch Schenkungen inter vivos und durch Bestellung einer Dos wird das Recht auf den Pflichttheil unter den früher (§ 82 S. 58 ff.) entwickelten Voraussetzungen verletzt, und dem Notherben steht hier die querela inofficiosae donationis seu dotis zu. Für diese Klage gelten die Grundsätze des alten Rechts (§ 85) mit einer Modification: der Kläger hat nicht mehr sein gutes Betragen gegen den Erblasser, sondern der Beklagte, um die Querel auszuschliessen, die Existenz eines Enterbungsgrundes zu beweisen.

Die Lehre über die Folgen der Verletzung des Notherbenrechts der Novelle 115, wie sie hier ausgeführt ist, ist keine allgemein anerkannte. Es giebt in dieser Beziehung sehr verschiedene Meinungen, namentlich darüber, wie die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen des Testaments eintritt und mit welchem Rechtsmittel deshalb die Erbfolge gegen dasselbe geltend zu machen ist. Man unterscheidet gewöhnlich drei Hauptansichten, die man als Systeme bezeichnet hat: das *Inofficiositätssystem*, das *Nullitätssystem* und das *gemischte System*.

Das Inofficiositätssystem enthält die in der obigen Darstellung adoptirte und in den *Basiliken* (vgl. die Scholien zu Basil. XXXIX. 1. 3. 6. 8. 15. 24. 25) anerkannte Ansicht, dass die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen bei jeder Verletzung der Vorschriften der Novelle wegen Pflichtwidrigkeit des Testaments eintritt und deshalb das dem Notherben zustehende Rechtsmittel stets die querela inofficiosi testamenti ist. Ein namhafter Vertreter dieses Systems ist Brinz, Lehrb. d. Pand. S. 744 ff.

Das Nullitätssystem nimmt an, dass jede Verletzung der Vorschriften der Novelle die Nichtigkeit der Erbeinsetzungen zur Folge habe, das Rechtsmittel des Notherben daher eine hereditatis petitio intestati ex causa nullitatis sei. Diesem z. B. von v. Vangerow, Lehrb. d. Pand. § 485, vertheidigten System der s. g. absoluten Nullität haben andere Juristen, — weil nach der Novelle die Ungültigkeit der Erbeinsetzungen nur zu Gunsten der Notherben eintreten solle, und nur wenn sie davon Gebrauch machen, eine wahre Nullität also von dem Gesetze nicht beabsichtigt sei, — das System

der s. g. relativen Nullität gegenüber gestellt, nach dem die Erbeinsetzungen erst nichtig werden, wenn der verletzte Notherbe sein Recht gegen das Testament geltend macht, aber mit der Wirkung, dass er jetzt sofort die hereditatis petitio intestati zur Verfolgung seines Erbrechts hat. Anhänger dieses Systems sind z. B. Francke, das Recht der Notherben § 30, Arndts, Lehrb. d. Pand. § 599, Rudorff in Puchta's Vorl. § 493 Anm. 4.

Das gemischte System, vertheidigt z. B. von Puchta, Pand. und Vorl. § 493, unterscheidet zwischen der Verletzung der verschiedenen Vorschriften der Novelle: sind die Notherben präterirt, so sollen die Erbeinsetzungen zu ihren Gunsten ungültig werden, aber nicht ipso iure, sondern mit ihrer Erklärung, von ihrem Recht Gebrauch machen zu wollen, und ihr Rechtsmittel ist die hereditatis petitio intestati; sind dagegen die Notherben unter Anführung einer gesetzlichen Ursache enterbt, deren Wahrheit sich nicht beweisen lässt, so sind die Erbeinsetzungen ungültig wegen Inofficiosität des Testaments und ihr Rechtsmittel ist die querela inofficiosi testamenti.

Das Recht der Nov. 115 hat seinen Ursprung ausschliesslich in dem officium pietatis (vgl. § 86 S. 71 ff.), da sich der ausgesprochene Zweck aller Vorschriften dieses Gesetzes darauf beschränkt, nach dem Gebot der Liebe Kinder und Eltern vor der iniuria praeteritionis et exheredationis zu schützen, Nov. 115 c. 5 pr. Gegen welche dieser Vorschriften der Erblasser daher auch gefehlt haben mag, es kann dadurch sein Testament nur ein *inofficiöses*, niemals ein *nichtiges* werden: denn wenn die vorgeschriebenen Formen nur Schutz gegen Lieblosigkeit gewähren wollen, so kann ihre Verletzung auch nur die mit dieser verbundenen Folgen haben. Die dem Notherben aus der Nov. 115 zustehende Klage kann also nur die querela inofficiosi testamenti sein.

Eine zweite eben so wichtige Controverse bezieht sich auf das Verhältniss der Nov. 115 zum älteren Recht. In dieser Beziehung giebt es zwei Hauptansichten, die man ebenfalls Systeme genannt hat: das *Corrections-* oder das *Additionalssystem* und das *Derogations-* oder das *Reformsystem*.

Nach dem Corrections- oder Additionalssystem hat die Nov. 115 das Präteritionssystem für die sui und emancipati nicht aufgehoben. Es sollen nach ihm deshalb die Vorschriften dieses Systems neben

den Vorschriften der Novelle zur Anwendung kommen: sind jene schon verletzt, so tritt Nichtigkeit des Testaments oder bonorum possessio contra tabulas ein (§ 76. 77), sind dagegen blos diese verletzt, so greifen auch nur die in der Novelle ausgesprochenen Folgen Platz. Ein angesehener Vertheidiger dieser Ansicht ist v. Vangerow, a. a. O. § 486.

Das Derogations- oder Reformsystem setzt dagegen die Nov. 115 an die Stelle des alten Präteritionssystems. Es nimmt demgemäss an, dass die sui und emancipati wie die übrigen Descendenten und wie die Ascendenten nur noch ein Notherbenrecht haben nach den Vorschriften der Novelle. Diese Ansicht erweist sich nicht nur aus innern Gründen (§ 86 S. 71), sondern auch nach den Worten der Novelle als die richtige. Diese bezeugen die vollkommene Aufhebung des Präteritionssystems. In seiner neusten Gestalt mussten nach diesem System die liberi *bedacht* oder *exheredit* werden (§ 86 S. 68); waren sie präterirt, so zog dies bei den sui Nichtigkeit des ganzen Testaments, bei den emancipati die bonorum possessio contra tabulas nach sich, durch welche neben den Erbeinsetzungen stets auch die Vermächtnisse und Freilassungen aufgehoben wurden (§ 77). Gegen diese Vorschrift und gegen diese Wirkungen ihrer Verletzung erklärt sich die Novelle ganz unzweideutig. Gleich ihr erster Satz spricht sich gegen das Präteritionssystem aus: denn nach ihm soll es künftig Vater und Mutter nicht mehr gestattet sein, ihre Kinder ohne Erbeinsetzung blos durch Schenkung oder Vermächtniss mit dem Pflichttheil zu bedenken, Nov. 115 c. 3 pr. Und in Uebereinstimmung hiermit wird auch den Folgen, welche die Verletzung des Präteritionssystems hatte, ihre Geltung entzogen. Alle Gesetze, welche hinsichtlich der in der Novelle angeordneten Aufrechthaltung der Vermächtnisse &c. etwas Widersprechendes bestimmen, sollen ferner nicht mehr zur Anwendung kommen, Nov. 115 c. 4 § 9. Man kann hiernach von allen innern Gründen absehen, welche gegen die Fortdauer des Präteritionssystems neben der Novelle sprechen, schon ihr Wortlaut schliesst dieselbe zur Evidenz aus. Vgl. *mein System* S. 160 ff.

§ 88.

2. *Das Recht der Geschwister.*

Die Nov. 115 beschränkt die Anwendbarkeit ihrer Vorschriften ausdrücklich auf die Descendenten und Ascendenten, Nov. 115 c. 4 § 9. Für die Geschwister ist aus früher entwickelten Gründen (§ 86 S. 71 ff.) das alte Recht unverändert in Geltung geblieben; insbesondere bewirkt die von ihnen angestellte Querel auch jetzt noch die Rescission des ganzen Testaments, nicht bloß die Rescission der Erbeinsetzungen. Wenn manche Juristen, z. B. Puchta, Pand. § 494, dies in Abrede stellen, „weil es widersinnig wäre, anzunehmen, dass die Ausschliessung der entfernteren und nicht einmal absoluten Notherben eine härtere Folge haben sollte, als die der näheren und absoluten“, so findet diese vermeintliche Widersinnigkeit ihre Erklärung in dem unsittlichen Charakter, den das ganze Testament wegen Einsetzung einer turpis persona hat; dieser rechtfertigt hier die gänzliche Rescission desselben, vgl. § 86 S. 73.

III. *Die anomalen Pflichttheilsrechte.*

§ 89.

1. *Das Recht des arrogatus impubes auf die s. g. Quarta Divi Pii.*

Die Arrogation einer Person soll nur aus Zuneigung erfolgen, nicht aus Egoismus des Arrogators, l. 17 pr. D. de adopt. (1. 7). Bei der Arrogation eines impubes hätte dies wegen seines jugendlichen Alters leicht geschehen können; sie war deshalb ursprünglich nach römischem Recht überhaupt nicht gestattet. Antoninus Pius liess sie unter solchen Bedingungen und mit solchen rechtlichen Wirkungen zu, dass der impubes gegen Nachtheile sicher gestellt war, Gaius I. 102. Zu diesen rechtlichen Wirkungen gehörte ein anomales Pflichttheilsrecht des impubes gegen den pater arrogator. Von den gewöhnlichen Voraussetzungen durfte dasselbe nicht abhängig sein, weil der Arrogator, sobald er seine egoistischen Zwecke erreicht hatte, den impubes bei seiner Jugend leicht zu einem pflichtwidrigen Betragen hinreissen oder zur Einwilligung in seine Emancipation bestimmen konnte: dort hätte er das regelmässige Pflichttheilsrecht durch seine Enterbung verloren, hier, weil mit der Emancipation die Voraussetzung desselben, sein Intestaterbrecht,

aufgehoben wurde. Sollte also der impubes der Willkür des Arrogators entzogen sein, so musste ihm sein Pflichttheilsrecht einerseits unabhängig von den Gründen, aus welchen er exheredit war, und andererseits überall, wo eine willkürliche Emancipation sein Intestaterbrecht beseitigte, durch eine singuläre Rechtsvorschrift gesichert werden. Antoninus Pius bestimmte deshalb: der arrogatus impubes soll den Anspruch auf den vierten Theil der reinen Activa vom Nachlasse des Arrogators haben und ihn durch Exheredation und durch willkürliche Emancipation nicht verlieren, sondern nur auf Grund einer Emancipation, die causa cognita et probata eingetreten ist, c. 2 C. de adopt. (8. 48), l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5), § 3 J. de adopt. (1. 11).

Auf Grund dieser Vorschrift wird dem impubes beim Tode des Arrogators ein *gesetzliches Vermächtniss* auf die s. g. Quarta Divi Pii d. i. also auf den vierten Theil der reinen Activa des Nachlasses als Pflichttheil deferirt, sofern und soweit ihm dieser Betrag nicht im Testament hinterlassen ist oder ab intestato zufällt. Das Recht auf die Quart ist daher nach den Grundsätzen des Vermächtnissrechts zu beurtheilen. Seine Vererblichkeit setzt also voraus, dass der impubes die Delation, folglich den Tod des Arrogators erlebt hat, und die Klage daraus ist eine actio in personam gegen dessen Erben, l. 1 § 21 D. de collat. (37. 6), l. 8 § 15 D. de inoff. test. (5. 2); jedoch kann der impubes die Erben nach seiner Wahl auch mit einer actio familiae herciscundae utilis in Anspruch nehmen, wenn er sich lieber als Theilhaber an allen Activen des Nachlasses geriren will, l. 2 § 1 D. fam. herc. (10. 2).

Ist die Quart durch Veräußerungen des Arrogators verkürzt, so kann der impubes mit einer persönlichen Klage gegen die Empfänger, sofern sie noch etwas davon haben, auf Ergänzung derselben klagen: nach Analogie des pareus manumissor [l. 1 D. si a par. (37. 12), c. 4 C. de bonis libert. (6. 4)] hat er zu diesem Zweck die actio quasi Faviana, wenn der Arrogator mit einem Testament, die actio quasi Calvisiana, wenn er ohne Testament verstorben ist, l. 13 D. si quid in fraud. patr. (38. 5), l. 3 § 2. 3 D. eod., l. 1 § 11 D. eod., l. 1 § 26 D. eod.

Da das Recht auf die Quarta Divi Pii nicht bedingt sein sollte durch ein Intestaterbrecht des impubes, so wurde dieser Pflichttheil

auch nicht wie sonst als ein Theil der Intestaterbportion behandelt, sondern vom gesammten Vermögen des Arrogators berechnet, ohne aber dabei seine regelmässige Grösse zu überschreiten. Wer leibliche Kinder hatte oder nach seinem Alter noch erhalten konnte, durfte der Regel nach gar keine Arrogation vornehmen, und Niemand durfte mehr als Eine Person arrogiren, l. 15 § 2. 3, l. 17 § 3 D. de adopt. (1. 7). Bei der Intestaterbfolge war daher der Arrogirte der einzige Erbe, und deshalb sein Pflichttheil nach der ursprünglichen Grösse (§ 80) der vierte Theil der ganzen Erbschaft. Die Quarta Divi Pii gewährte also dem impubes nicht mehr als die portio legitima, sie hatte nur das Eigenthümliche, dass die Voraussetzungen des gewöhnlichen Pflichttheilsrechts für sie nicht existirten, und dass sie dem impubes ipso iure als ein gesetzliches Vermächtniss zufiel, wenn ihm der Arrogator ihren Betrag nicht anderweitig hinterlassen hatte, l. 22 § 1 D. de adopt. (1. 7). Hiernach konnte consequenter Weise die querela inofficiosi testamenti für den impubes überhaupt nicht begründet werden, l. 8 § 15 D. de inoff. test. (5. 2).

Der Anspruch auf die Quarta Divi Pii geht unter mit erreichter Mündigkeit, weil die Anomalie nur eingeführt ist, um die Gefahren zu beseitigen, welche sich aus dem Alter der Impubertät ergeben.

Durch die Nov. 115 hat das Recht des arrogatus impubes keine Veränderung erfahren, weil durch sie nur das regelmässige Pflichttheilsrecht reformirt wurde, dem der impubes aus den oben angeführten Gründen überhaupt nicht unterworfen sein soll. Es kann ihm deshalb die Quarta Divi Pii nicht wegen einer gesetzlichen Enterbungsursache entzogen werden, und es können ihm die Rechte eines Notherben aus der Nov. 115 überhaupt nicht zustehen, wenn er auch beim Tode des Arrogators zu dessen Intestaterben gehört. A. M. sind in letzterer Beziehung von Vangerow a. a. O. § 252, und Arndts, Lehrb. der Pand. § 607 u. A.; nach ihnen soll der impubes in diesem Falle das Recht eines Notherben in seinem ganzen Umfange, also auch die portio legitima nach der Nov. 18 in Anspruch nehmen können, nur nicht die Quarta Divi Pii und den Pflichttheil als Descendent zugleich. — Vgl. mein System S. 133 ff.

§ 90.

2. *Das Recht der armen Wittwe.*

In der Nov. 53 c. 6 bestimmte Justinian: eine Wittwe, welche nicht dotirt und arm ist, d. h. ohne Unterstützung nicht leben kann, soll, wenn ihr Ehemann in guten Vermögensumständen starb, gleichviel ob mit oder ohne Testament, den Anspruch auf den vierten Theil der reinen Activa seines Nachlasses haben und denselben auch durch Exheredation nicht verlieren. Nur wenn die Ehe durch ihre Schuld aufgehoben ist, soll der Anspruch nicht existiren. Und wenn der vierte Theil der Activa den Werth von hundert Pfund Goldes übersteigt, soll der Anspruch auf diesen Betrag beschränkt sein. Da dies die höchste Summe war, welche als Dos bestellt zu werden pflegte, so erschien es namentlich im Interesse der Kinder gerechtfertigt, dass auch der Pflichttheil über diese Summe nicht hinausging: denn er sollte nur die Dos ersetzen und fiel deshalb weg, wo eine solche vorhanden war, Nov. 22 c. 18. Dasselbe Recht wie der armen Wittwe gab die Nov. 53 auch dem armen Wittwer. Durch die Nov. 117 c. 5 wurden diese Vorschriften in doppelter Weise modificirt: dem armen Wittwer wurde das Recht ganz entzogen, für die arme Wittwe aber im Interesse der Kinder in folgender Weise eingeschränkt: a) wenn der Erblasser von mehr als drei Kindern beerbt wird, soll die arme Wittwe von den Activen bloß eine Virilportion bekommen, auf den vierten Theil derselben soll sie nur noch Anspruch haben, wenn überhaupt keine Kinder oder nicht mehr als drei zur Erbfolge berufen sind; b) wenn die Erben Kinder aus ihrer Ehe mit dem Erblasser sind, so soll sie die Virilportion wie die Quart nur zum Niessbrauch haben, das Eigenthum sollen die Kinder erhalten. Mit dieser Reform liess Justinian zugleich stillschweigend die Bestimmung der Nov. 53 fallen, welche eventuell der armen Wittwe nur den Betrag von hundert Pfund Goldes gewährte.

Hiernach steht der armen Wittwe ein Pflichttheilsrecht zu, für welches das Recht des arrogatus impubes auf die Quarta Divi Pii als Vorbild diente und deshalb gleiche Grundsätze gelten. Auch der armen Wittwe wird beim Tode ihres Ehemannes ein *gesetzliches Vermächtniss* auf die Quart oder auf eine Virilportion der reinen Activa des Nachlasses deferirt, sofern und soweit ihr dieser Betrag

nicht ex testamento oder ab intestato zufällt; beerben den Ehemann Enkel, so zählen bei der Berechnung des ihr zukommenden Antheils mehrere Enkel von einem Kinde für einen Kopf. Nach heutigem Recht tritt diese Delation auch ein, obgleich die Wittwe dotirt ist, wenn sie demungeachtet beim Tode des Mannes eine Unterstützung für ihren Lebensunterhalt bedarf, vgl. Puchta, Pand. u. Vorl. § 456, Arndts Lehrb. d. Pand. § 481 Anm. 3. Der Umstand, dass sie nach der Delation wohlhabend wird, hebt dieselbe nicht wieder auf: denn die Armuth ist nur die Bedingung für den Eintritt der Delation, nicht aber auch nach diesem für ihre Existenz.

Manche Juristen, z. B. Puchta a. a. O., fassen das Recht der armen Wittwe als ein *Erbrecht* auf. Dies steht im Widerspruch mit Nov. 177 c. 5 und Nov. 53 c. 6, wo ausdrücklich gesagt wird, dass sie den Erbschaftsgläubigern nicht haftet, sofern der Ehemann sie nicht, um ihr den Pflichttheil zuzuwenden, als Erbin eingesetzt hat. Sie steht in der That in allen Beziehungen dem arrogatus impubes gleich. Auch bei ihr ist der Pflichttheil nicht ein Theil der Intestation, sondern er wird vom gesammten Vermögen des Ehemannes berechnet. Dieser Berechnung wird aber wie beim arrogatus impubes der eventuelle gesetzliche Erbtheil der Wittwe zu Grunde gelegt. Wenn sie als Intestaterbin durch die b. p. unde vir et uxor berufen wird, so erhält sie die ganze Erbschaft allein; ihr Pflichttheil würde daher in diesem Falle nach seiner ursprünglichen Grösse den vierten Theil des Nachlasses betragen. Diesen soll sie nach Analogie des arrogatus impubes auch dann erhalten, wenn sie kein gesetzliches Erbrecht hat, deshalb auch ohne Rücksicht darauf, ob der Ehemann mit oder ohne Testament verstorben ist, sofern nur die Ehe nicht durch ihre Schuld aufgehoben wurde. Das Pflichttheilsrecht der armen Wittwe setzt also ebenfalls keine Entziehung eines Intestaterbrechts voraus, sondern ihre Quart resp. ihre Virilportion ist ihr unmittelbar durch Rechtsvorschrift hinterlassen, die Erbschaft mag nun näheren Intestaterben oder testamentarischen Erben zufallen. Hieraus ergiebt sich, dass auch der armen Wittwe die querela inofficiosi testamenti niemals zustehen kann. Bei dieser ihrer völligen Gleichstellung mit dem arrogatus impubes müssen selbstverständlich Veräusserungen des Ehemannes, durch welche der ihr gebührende Antheil verkürzt ist, auch für sie die actio quasi Faviana oder Calvi-

siana begründen. Vgl. *mein* System S. 138 ff. und *meine* Abhandl. zur Lehre vom Erwerb der Erbschaft und der Vermächtnisse in Ihering's Jahrb. f. Dogm. Bd. 5 S. 219 Note 220.

Drittes Buch.

Die Universalsuccession des Fiskus.

§ 91. *I. Succession in die bona vacantia.* (P. § 564.)

§ 92. *II. Succession in die bona ereptoria.* (P. § 562.)

Vgl. § 23.

§ 93. *III. Succession in das Vermögen lebender Personen.* (P. § 565.)

Viertes Buch.

Die Lehre von den Vermächtnissen.

Erstes Kapitel.

Die allgemeinen Lehren.

§ 94. *I. Begriff und Arten der Vermächtnisse.* (P. § 452.)

§ 95. *II. Errichtung der Vermächtnisse.*

1. *Subjecte.* (P. § 524. 525.)

§ 96. 2. *Form.* (P. § 523.)

§ 97. 3. *Inhalt.*

a. *Im Allgemeinen.* (P. § 528.)

§ 98. b. *Die Regula Catoniana.* (P. § 522.)

§ 99. c. *Substitutionen.* (P. § 467. 527.)

- § 100. d. Nebenbestimmungen. (P. § 533.)
- § 101. III. Ungültigkeit der Vermächtnisse.
1. Wegen Ungültigkeit des Errichtungsgeschäfts. (P. § 534.)
- § 102. 2. Aus andern Gründen. (P. § 536. 537.)
- § 103. IV. Delation der Vermächtnisse.
1. Natur der Delation oder des Rechts des Vermächtnisses. (P. § 540.)
- § 104. 2. Zeit der Delation. (P. § 539.)
- § 105. 3. Aufhebung der Delation. (P. § 538.)
- § 106. V. Acquisition der Vermächtnisse.
1. Rechte und Schutz des Honorirten. (P. § 541. 543.)
- § 107. 2. Accrescenzrecht. (P. § 542.)
- § 108. 3. Rechte des Onerirten. (P. § 544.)
- § 109. Das Recht der Quarta Falcidia.
- a. Inhalt. (P. § 545.)
- § 110. b. Berechnung der Quart. (P. § 546.)
- § 111. c. Abzug der Quart bei mehreren Erben. (P. § 550.)
- § 112. d. Schutz des Rechts der Quart. (P. § 547.)
- § 113. e. Wegfall des Rechts der Quart. (P. § 548. 549.)

Zweites Kapitel.

Die einzelnen Vermächtnisse.

- § 114. I. Das Singularvermächtniss. (P. § 528 — 532.)
- § 115. 1. Das Vermächtniss einer species.
- § 116. 2. Das Legatum generis.
- § 117. 3. Das Vermächtniss einer Summe oder Quantität.
- § 118. 4. Das legatum optionis.
- § 119. 5. Das legatum alternativum.
- § 120. 6. Das Vermächtniss einer universitas rerum.
- § 121. 7. Das Vermächtniss eines Vermögensbegriffes.
- § 122. 8. Das Vermächtniss einer Dos.
- § 123. 9. Das Vermächtniss einer Rente.
- § 124. 10. Das Vermächtniss von Alimenten.
- § 125. 11. Das Vermächtniss dinglicher Rechte.
- § 126. 12. Vermächtnisse in Beziehung auf Forderungen.

§ 127. II. Das Universalvermächtniss. (P. § 553 — 557.)

§ 128. 1. Errichtung.

§ 129. 2. Erwerb.

§ 130. 3. Restitution.

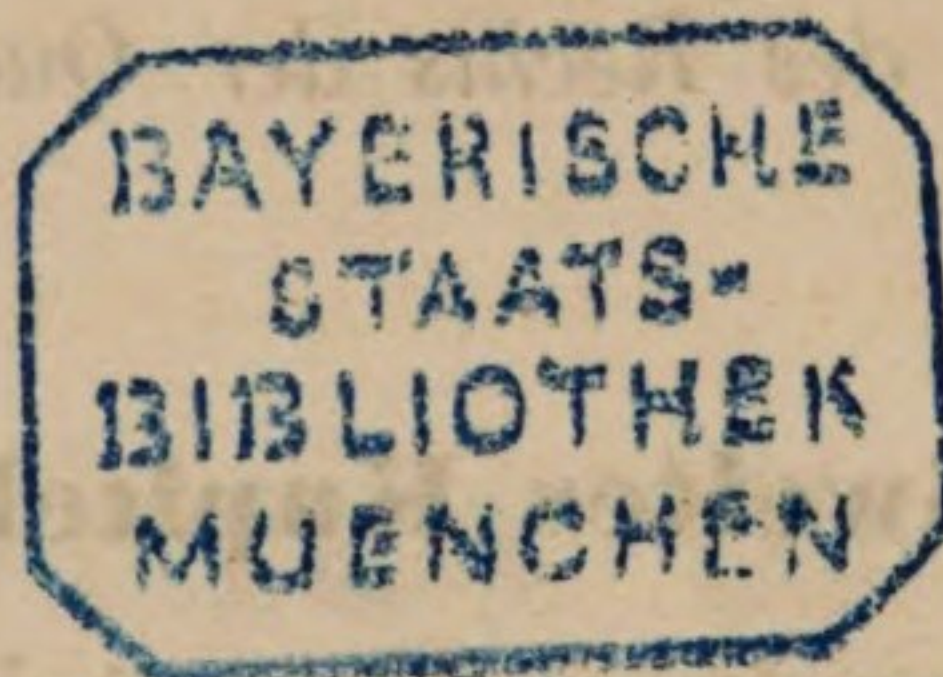
§ 131. 4. Wirkungen der Restitution.

Fünftes Buch.

Die mortis causa donatio.

§ 132. I. Begriff. (P. § 72.)

§ 133. II. Gleichstellung der m. c. donatio mit den Vermächtnissen.
(P. § 552.)



Literatur.

- Dalwigk, Versuch einer philosophisch-juristischen Darstellung des Erbrechts nach Anleitung des römischen Rechts, neuerer Gesetzg. und mehrerer Landesstatuten. Wiesbaden 1820 — 1822.
- Gans, Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung oder das römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischen. 4 Bde. Berlin 1824—1836.
- Lasalle, System der erworbenen Rechte, Bd. 2: Das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts in historisch-philosophischer Entwicklung. Leipzig 1861.
-
- Glück, Erläuterungen der Pandecten, fortgesetzt von Mühlenbruch und Fein, Bd. 34 — 45.
- Hartitzsch, Das Erbrecht nach römischen und heutigen Recht. Leipzig 1827.
- Hunger, Das römische Erbrecht. Erlangen 1835.
- Mayer, Die Lehre vom Erbrecht nach heutigem römischen Recht. Theil 1. Berlin 1840.
- Vering, Römisches Erbrecht in historischer und dogmatischer Entwicklung. Heidelberg 1861.
- Koeppen, System des heutigen römischen Erbrechts. 1. u. 2. Lief. Jena 1862. 1864.
- Schirmer, Handbuch des römischen Erbrechts. 1. Th. 1863.
- Tewes, System des römischen Erbrechts nach heutigem röm. Recht. Th. 1. 2. Leipzig 1863. 1864.
- Unger, Das österreichische Erbrecht systematisch dargestellt. Leipzig 1864.

Quellen.

Vom Erbrecht handeln:

- Die *Institutionen*: lib. II tit. 10 — 25, lib. III tit. 1 — 9.
Die *Pandecten*: lib. XXVIII — XXXVIII u. lib. V tit. 2 — 6.
Der *Codex*: lib. VI tit. 9 — 50. u. lib. III tit. 28 — 31.
Die *Novellen*: 115. 118. 127.
-

Berichtigungen.

- S. 6 Z. 17 v. u. l. werde st. werden.
- „ 8 „ 8 v. o. l. Concubine st. Concubinen.
- „ 14 „ 3 v. o. ist das Komma zu streichen.
- „ 14 „ 11 v. o. l. Verwandten st. Verwandte.
- „ 17 „ 15 v. u. l. väterlichen st. väterliche.
- „ 20 „ 5 v. o. ist die Zahl I. zu streichen.
- „ 20 „ 3 v. u. l. § 90 st. § 89.
- „ 21 „ 3 v. o. l. § 89 st. § 90.
- „ 25 „ ist in der Figur bei F und E die Zahl 2000 zu streichen.
- „ 34 „ 4 v. u. l. so z. B. st. z. B. so.
- „ 41 „ 9 v. u. l. instituiren st. intituihren.

Quellen.

Koeppen, Albert,

System des heutigen römischen Erbrechts im Grundrisse

Würzburg 1867

J.rom.m. 274 td

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566824-5